



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais - FAJS

KARINA RODRIGUES DA CUNHA

**Princípio da insignificância – apreciação com base na aplicação
subsidiária do Direito Penal e análise dos acórdãos do Supremo
Tribunal Federal aos crimes de furto e descaminho**

**Brasília
2017**

KARINA RODRIGUES DA CUNHA

**Princípio da insignificância – apreciação com base na aplicação
subsidiária do Direito Penal e análise jurisprudencial do Supremo
Tribunal Federal aos crimes de furto e descaminho**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos.

**Brasília
2017**

Como em tudo na vida meu primeiro e mais sincero agradecimento dedico a Deus por me dar graça e paz todos os dias nessa jornada a qual chamamos de vida. Em segundo, agradeço ao Prof. Marcus Vinícius pela excelência e dedicação em seu ofício. E jamais poderia esquecer-me de agradecer aos meus pais Lourdes e Antônio pelo amor e apoio incondicional, sem o qual nada disso seria possível.

RESUMO

No presente trabalho buscou-se analisar o princípio da insignificância e sua aplicação no ordenamento jurídico. Contudo, primeiro se estabeleceu a aplicação das normas penais e de como são previamente previstas, acredita-se que o Direito Penal já nasce com função previamente ajustada de forma a ser aplicada de imediato na sociedade, as condutas previstas na norma penal já foram anteriormente previstas em norma Constitucional, ao passo que esta estabelece quais bem jurídicos merecem uma maior proteção, cabendo a norma penal tratar sobre elas de forma mais específica. Importante também ressaltar que, ainda na primeira parte do trabalho, se apresenta a característica fragmentária e subsidiária do Direito Penal, sem esquecer também do Direito Penal mínimo que não se trata de uma característica daquele, mas sim uma função a ser desempenhada pelo Direito Penal, que deva incidir o mínimo possível na sociedade. A segunda parte do trabalho trata sobre o princípio da insignificância e as características que o contorna, desde seu surgimento, até sua efetiva aceitação como uma norma no ordenamento jurídico e sua aplicação concreta, além de estabelecer a linha tênue que existe entre a insignificância e os pressupostos de fragmentariedade e subsidiariedade. No terceiro e último capítulo desse trabalho o enfoque principal seu deu na pesquisa jurisprudencial realizada no site do Supremo Tribunal Federal e que se buscou acórdãos que contivesse em seu teor o princípio da insignificância aplicado aos crimes de furto e descaminho. O resultado dessa pesquisa se deu por meio de números representados em gráficos que mostraram não haver grande diferença quantitativa entre o furto e o descaminho aos casos em que ficou reconhecida a insignificância. Por fim, uma breve análise crítica, que opina sobre a utilidade e grande valia da insignificância aplicada aos casos concretos.

Palavras chave: princípio da insignificância, princípio da subsidiariedade, Direito Penal Mínimo, furto, descaminho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	08
1.1 Interpretação da norma penal.....	08
1.2 Caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.....	13
1.3 Direito Penal mínimo.....	19
2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	24
2.1 Significado.....	24
2.2 Pressupostos: fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, concepção material de ilicitude, desvalor da conduta e do resultado.....	30
2.3 Insignificância e atipicidade.....	37
3. INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO E DESCAMINHO.....	43
3.1 Jurisprudências do STF sobre a aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes de furto e descaminho.....	43
3.2 Critérios para aplicação do Princípio da Insignificância.....	49
3.3 Análise crítica.....	55
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O Direito Penal possui como uma de suas características a fragmentariedade. Trata da particularidade em que o Direito Penal só cuida de questões que façam parte do seu fragmento, assim sendo, só lhe incumbe uma parte da totalidade do ordenamento jurídico. Sua função é cuidar de condutas com danos mais gravosos e questões que acarretem maior dano ao bem jurídico tutelado excluindo-se da sua alçada as questões ínfimas e que não importam valor relevante.

Sendo assim, só as ações mais graves merecem a repreensão do Direito Penal, tendo em vista que este só deva ser utilizado como ultimo recurso, quando nenhum mais outro ramo do direito puder resolver. Isso ocorre pela natureza gravosa do Direito Penal, que em sua aplicação causa mudanças que muitas vezes são irreversíveis na vida de um indivíduo, sendo assim, em podendo se aplicar outros meios de resolução de um conflito, não há razão para fazer uso do Direito Penal.

Entende-se que o a questão da fragmentariedade se encaixa de forma exata no princípio da insignificância, já que este serve também como filtro para se afastar questões ínfimas do campo do direito penal, excluindo questões insignificantes, que não tragam em seu resultado danos gravosos ao bem jurídico.

Importante lembrar aqui, que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não é todo e qualquer bem jurídico e sim os mais importantes e que apresentem maior necessidade de proteção por parte do Estado, não há também um bem jurídico que por mais importante que seja receba proteção ilimitada. Á exemplo desses bens jurídicos de maior relevância pode-se citar: o direito a vida, a liberdade, a propriedade a liberdade de expressão...

Outra característica do Direito Penal é a subsidiariedade que possui grande ligação com a fragmentariedade. A subsidiariedade é a confirmação de que o direito penal só deva ser utilizado de forma subsidiária, como já dito anteriormente, quando nenhum outro ramo do direito for cabível ao caso se utiliza dos meios penais, mas se houver outro caminho que possa ser utilizado, isto deverá ser feito.

Depreende-se que tanto a fragmentariedade quanto a subsidiariedade estão intimamente conectadas com o princípio da insignificância e possuem em comum o pensamento de que: ao direito penal só deva incidir questões de grande relevância e que cause em seu resultado significativa lesão ao bem jurídico tutelado por aquele.

No primeiro capítulo deste presente trabalho há uma breve introdução das normas jurídicas e da aplicação dos princípios como norma jurídica de natureza complementar, tendo em vista que o ordenamento jurídico não consegue prever todas as possibilidades casuísticas que possam ocorrer no mundo fático, assim, os princípios jurídicos contribuem para complementar questões específicas em que na norma está prevista de forma abstrata.

O primeiro capítulo também traz em seu conteúdo os significados de bem jurídico e do que e do que vem a ser um bem considerado relevante aos olhos do Direito Penal, além de tratar sobre o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal que foi brevemente citado acima.

Mas adiante o trabalho apresenta a própria questão do princípio da insignificância, desde o começo de seu aparecimento no mundo jurídico até chegar à era de Claus Roxin que foi o grande influenciador desse princípio. Além de estabelecer a conexão do princípio da insignificância com a fragmentariedade e subsidiariedade, que estão se encontram interligados.

O terceiro capítulo estabelece quais são os critérios determinantes para a aplicação do princípio da insignificância. Antes de serem estabelecidos e fixados de forma pacífica na doutrina e jurisprudência havia muita divergência sobre o alcance de sua aplicação, o que fazia com que não fosse muito aceito pelos Tribunais, já que não havia uma delimitação daquilo que era possível ser considerado insignificante o que dava margem para interpretações diversas além de afastar a segurança jurídica.

Com o advento acórdão paradigma de relatoria do Min. Celso de Mello, esses critérios foram delimitados, reduzindo assim a possibilidade de aplicação da insignificância, não dando espaço para uma análise subjetiva da conduta do agente, sendo uma análise meramente objetiva, feita ao caso concreto.

CAPÍTULO I - Aplicação do Direito Penal

1.1 Interpretação da norma penal

O ordenamento jurídico penal é o conjunto de regras, princípios e normas, estabelecidas em uma sociedade e fixadas na história ao longo do tempo e com o passar deste, se aperfeiçoando ao tempo. É instituído pelo Estado, detentor do poder de legislar e aplicado unilateralmente pelo mesmo ou por quem seja delegado a esta função.

A interpretação da norma penal se dá conforme cada caso, adequando-se a conduta ao fato típico estabelecido e assim o julgador ao analisar caso a caso aplica a sanção mais adequada a cada um dando muitas vezes interpretações diversas a depender do caso que lhe foi apresentado.

O direito penal surge na sociedade e para a sociedade, caracterizando os atos considerados puníveis, ou seja, estabelecendo atos ilícitos que ferem a norma positivada, também conhecida como uma infração penal que, caso seja caracterizada como tal é passível de punição perante o Estado respeitado todo o processo legal, mas especificamente o processo penal.

Essa missão do direito penal caracterizar as infrações penais se dá pelo fato de que não são estas criadas pelo mesmo, aquelas já existiam por se tratarem de lesão a bem jurídico fundamental que outrora já era e é protegido pelo Estado, melhor dizendo pela Constituição Federal, sendo assim, se a Carta Magna estabelece a proteção á vida significa dizer que qualquer violação a ela seria contra ao disposto e assim punível.

Porém a Constituição se limitou a declarar quais bens jurídicos eram fundamentais a ponto de receberem uma maior proteção do Estado, ficando a par dos demais campos do ordenamento jurídico individualizar as condutas, estabelecer as sanções. Mas isso não significando que o papel de quem legisla fosse escolher o bem jurídico que lhe parecesse de maior importância.

Neste sentido Liszt defendia que o bem jurídico penal não é criado pelo legislador, sendo sim identificado por ele no cenário social e, posteriormente, protegido mediante a norma penal¹.

¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo / São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.33

Pode-se afirmar que o que o autor quis dizer é que o legislador antes de criar uma norma, confere as necessidades sociais daquele momento e com isso cria uma lei especificamente para aquele quadro social em que se encontra, dando ao direito penal o caráter resolutivo para os problemas sociais.

Fazendo com que a “nova” norma penal seja apresentada á sociedade com uma função antes já estabelecida pelo legislador, seja ela a diminuição da criminalidade ou de determinado crime ou até mesmo que sirva de forma preventiva a uma possível pratica delituosa, sendo essas duas funções já esperada pelo direito penal em sua prevenção geral.

Afirma Nilo Batista “O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”² .²

Ou seja, o direito penal tem uma função social pré-ordenada, mesmo antes de ser legislado. Uma norma para ser criada tem que haver uma razão aparente, um por que da necessidade de sua criação, mesmo que o estabelecer de novas leis penais em nada mudem no cenário social no que se refere a violência, trazendo porém um ilusório sentimento de conforto e proteção estatal.

Essa conclusão popular sobre a força do direito penal está simplesmente ligada à norma criada no qual, havendo transgressão a aquela haveria obrigatoriamente a aplicação do direito penal que solucionaria o problema aplicando sanções severas ao individuo e o privando do convívio em sociedade. Não que haja um total equivoco em pensar assim até porque o direito penal também deve proteger os direitos do cidadão vítima da violência, assim como estabelece as garantias aos transgressores.

Em se tratando da aplicação da lei ao caso concreto o direito penal em seu primeiro momento não considera o caráter subjetivo da conduta, ou seja, os fatos/razões que a motivaram, essa característica só será apreciada ao decorrer da evolução do devido processo legal, que é estabelecido sempre que houver um crime e para este houver uma denuncia. A princípio havendo um fato tipificado este deverá ser investigado pela autoridade competente para tal.

Assim, surge à aplicação da norma jurídica penal que define uma conduta a tipifica, caracteriza e qualifica seus autores e lhe estabelece as sanções pensadas de forma “justa” para cada tipo penal e que deva ser aplicada caso haja lesão à norma.

² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P 11

Adjunto a esse respeito Francisco de Assis afirma que o direito penal é a parte de ordenamento jurídico responsável pelo estabelecimento e definição do fato-crime, estabelecendo quem por ele deva responder judicialmente e fixando as penas e/ou medidas de seguranças a ele aplicadas³.

Paulo Queiroz, diz que criminalizar condutas significa tão somente reprimi-las penalmente e que descriminalizá-las não significa que são condutas totalmente liberais, mas é reconhecer que tais comportamentos já não se incumbem mais ao direito penal e que devam ser mais bem disciplinados por outro campo do direito⁴.

Há a premissa discussão de que o estado primeiro cria o crime para depois o combater, sem adentrar especificamente no assunto Nilo Batista⁵ afirma que o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções.

Certo é de se afirmar que não há a possibilidade de o direito penal em suas normas esgotar todas as possibilidades de que possa haver. E nem lhe cabe esta função, já que os ilícitos penais devam ser a exceção para o comportamento social esperado, não a regra e também não se pode esperar que as normas penais solucionem todos os problemas sociais.

O conteúdo dessas normas e regras fixam comportamentos considerados ilícitos, entende-se por ilícito, aquilo que é considerado condenado pela lei e/ou pela moral, etimologicamente a palavra moral vem do latim “moralis” e significa entre outras coisas, caráter. Entende-se que tais normas são aplicáveis a certos indivíduos quando os mesmos não consigam controlar seu comportamento humano não se adequando ao que é tido como moral no seu convívio.

Há algumas características peculiares, pertencentemente ao ordenamento jurídico penal, são as finalidades a qual este se enseja.

Uma das principais e primeiras a ser considerada vem a ser a finalidade preventiva, “antes de punir, ou com o punir quer evitar o crime”⁶. Esta finalidade possui uma serie de desdobramentos, se dividindo em prevenção geral e especial e entre essas as subespécies de prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial positiva e negativa. Dando breve definição a estes dois institutos, Francisco de Assis afirma;

³ TOLEDO, Francisco de Assis, 1928 – 5. Ed. – São Paulo : saraiva, 1994. P 01

⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo - Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P.73

⁵ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P 24

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.3

[...] por meio da cominação de penas, para o comportamento tipificado como ilícito penal, visa o legislador atingir o sentimento de temos (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida (prevenção geral). Falhando essa ameaça, transforma-se a pena abstratamente cominada, com a sentença criminal, em realidade concreta, e passa na fase de execução a atuar sobre a pessoa do condenado, ensejando sua possível emenda ou efetiva neutralização (prevenção especial)^{7. 4}

São conceitos que se completam, a intenção do legislador era que outros indivíduos vissem a atuação do Estado e das autoridades competentes mediante a prática de infrações penais e que percebessem que pra cada de infração haveria um julgamento e uma punição que o privaria de sua liberdade e lhe tiraria direitos essenciais como o de ir e vir CF artigo 5º⁸ e com isso causar-lhes intimidação pelo sistema.

Mas mesmo com toda a intervenção do Estado na vida privada mediante o descumprimento das normas ou mesmo com todo o aparato das leis e estes não fossem suficientes para reprimir uma futura conduta havendo ainda assim a pratica de um delito, a pena já definitivamente transitada em julgado em sua execução, prestaria a agir no condenado trazendo a memória um pensamento de arrependimento e transformação, queria seria incentivo a agir de maneira diversa fora do sistema.

Ocorre que a prevenção tanto a geral quanto a especial, não tem produzir os efeitos conforme o esperado. A pena não tem sido motivo de arrependimento posterior, nem muito menos as leis motivos de reflexão antes da prática de um ilícito, isso não ocorre por falta de conhecimento às leis, mas por fatores externos ao direito penal. Essa é uma critica recorrente da criminologia.

A definição do que seja ato ilícito não está expressamente descrita nas leis, essa definição se deu de forma doutrinaria alternando apenas a forma de expor de cada doutrinador, sendo definido como tudo aquilo que é contrário à lei e cause um dano ao outro. Ou seja, é sabido que agindo de forma contrária ao previsto ou permitido por lei, está agindo de forma ilícita, ou seja, se a lei proíbe fazer algo o não fazer certamente não será ilícito, assim sendo, se alguma conduta é proibida o fazer seria considerado ilícito.

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.3

⁸ BRASIL. [Constituição (1998)]. Art.5, inciso XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A origem do ilícito penal está intrinsicamente ligada ao Direito Constitucional, pois desse advém às normas primárias que caracterizam o ilícito de forma indireta quando se trata da definição do que é ilícito, prevendo de forma geral aquilo que deve ser regulado e protegido de forma especial e específica pelos demais ramos do direito, a Constituição, portanto deu lugar a todos os bens jurídicos que mereçam a devida proteção estatal. Neste sentido Paulo Queiroz observou;

[...] o ilícito é sobretudo objeto do direito constitucional, porque toda ilicitude nasce (e morre), originalmente, na Constituição Federal e só derivadamente na ordem infraconstitucional. Dito de maneira mais clara: quando a Constituição Federal declara, no seu art.5º, que a propriedade é inviolável, ela está criando, a um só tempo, o lícito e o ilícito. Sim, porque, ao proclamar a inviolabilidade da propriedade, a Constituição está por óbvio declarando, de forma originária e genérica, a ilicitude dos atos que atentem contra esse bem jurídico. Ou seja, o bem jurídico, seja ele qual for, tem, sempre, assento constitucional⁹.

O direito constitucional dita os limites de atuação do direito penal, cabendo a este apenas fortalecer o que já é tutelado por aquele de forma originária e geral. Na constituição está elencada a base para a atuação dos demais ramos do direito, os bens jurídicos que devem ser protegidos já estão por ela estabelecidos, cabendo ao direito penal de forma delegada e específica fixar as sanções e estabelecer seus sujeitos e efeitos.

Há que se reconhecer também que apesar de o direito penal tutelar áreas que também estão protegidas por outros ramos do direito, aqueles o fazem de maneira originária, não só por tratar de uma maneira mais específica dos bens jurídicos, mas também por tratar de forma única e exclusiva, ou seja, a que se discernir que o direito penal possui uma natureza primária. Como afirma Cezar Bitencourt:

[...] é preciso reconhecer a natureza primária e constitutiva do direito penal, e não simplesmente acessória, uma vez que protege bens e interesses não protegidos por outros ramos do direito, e, mesmo quando tutela bens já cobertos pela proteção de outras áreas do ordenamento jurídico, ainda assim o faz de forma particular, dando-lhes nova feição e com distinta valoração¹⁰.

1.2 Caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal

⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo – Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P.17

¹⁰ Manual de direito penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.36. Apud QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva, 2005. P.16

O direito penal abarca uma parte do ordenamento jurídico como um todo, fica a cargo deste tutelar pelos bens jurídicos que merecem maior proteção jurídica do Estado, seja por seu valor econômico, pela importância social que possui ou pura necessidade de proteção maior, é neste quadro que se denota a fragmentação do direito penal, este fica a responsabilidade de apenas um fragmento do todo, zelando pela ordem jurídica e a proteção dos bens jurídicos relevantes.

Neste sentido, cita Nilo Batista; a fragmentariedade se opõe a “uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção, seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa”¹¹.⁶

Os bens jurídicos a que se trata, é os que precisam de uma proteção maior ofertada no âmbito das normas do direito penal, proteção esta que não pôde ser oferecida em outras áreas do ordenamento jurídico. Como afirma Toledo¹², bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais.

O bem jurídico é aquilo que tem real importância para os indivíduos de uma sociedade e que por conta dessa importância, merece uma proteção. Proteção essa de lesões ou perigo eminente.

Nem toda lesão sofrida por um bem jurídico será abrangida pelo direito penal, essa proteção que ele oferta as lesões ou perigo eminente tem que ser algo intragável, intolerável de uma maior proporção ao bem. Paulo Queiroz diz¹³; não se protege todos os bens jurídicos, mas só os mais importantes, em face de ataques mais intoleráveis. Assim, nem mesmo o direito á vida recebe proteção penal absoluta, pois, por exemplo, atos simplesmente preparatórios, como regra, são jurídicos - penalmente, irrelevantes.

Só se aplica uma sanção quando há um mal contra algo que já está protegido pelo ordenamento, ou seja, o bem jurídico lesado já está devidamente abarcado pela proteção da lei seja ela penal ou de qualquer outro ramo do direito e por isso qualquer lesão a este será

¹¹“Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”. In: De Acetis et al. (orgs), Funzione e limiti del diritto penale. Milão, 1984, p.4. Cf. Toledo, op. Cit, p.14, apud BATISTA, Nilo, 2011, p.84.

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.17.

¹³ QUEIROZ, Paulo. Volume 1. P.68

passível de sanção. A sanção deve necessariamente vir depois do reconhecimento do direito de proteger¹⁴.⁷ Por mais que haja entendimento doutrinário e jurisprudencial firmado a cerca do bem jurídico irrisório, a lei penal abrange aos bem jurídicos em geral mesmo que se considerado irrelevante, não houve uma distinção feita pelo legislador a esse respeito.

Sobre isto, Paulo Queiroz pontua que, “ainda quando o legislador pretenda reprimir apenas condutas graves, isso não impede, todavia, que a norma penal, em face de seu caráter geral e abstrato, alcance fatos concretamente irrelevantes”¹⁵.

Nilo Batista citou em sua obra a observação feita por Roxin de que a utilização do direito penal “onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica” não dispõe da “legitimação da necessidade social” e perturba “a paz jurídica”¹⁶.

Não se cabe utilizar o Direito Penal em qualquer ocasião que haja alguma ofensa ao bem jurídico é preciso que aquele seja o meio adequado para o caso, havendo outros meios e estes forem módicos ao fato.

E a esse respeito reforça Paulo Queiroz;

O caráter subsidiário do direito penal em face de outras formas de controle social decorre, portanto, de imperativo político-criminal proibitivo do excesso: não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo da liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade¹⁷.

O direito penal em sua aplicação restringe a liberdade do indivíduo, liberdade esta que é tida como regra e direito fundamental, garantido constitucionalmente.

Essa liberdade só pode ser restrita em casos em que a não privação da mesma colocaria em risco o interesse público e a segurança da coletividade na sua própria liberdade, como ensina Paulo Queiroz¹⁸.

Observa-se que o direito penal é de tanto extremo que não deva ser utilizado para fins nos quais se adequem outros ramos do direito, sendo o direito penal um tanto

¹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo – Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P.71

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva 2005.p.39

¹⁶ Problemas básicos del derecho penal. Tradução de Luzón-Peña. Madri, 1976. P 22. Apud, Nilo Batista, p.85

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva 2005.P.17

¹⁸ Queiroz, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal – Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P.26

gravoso em sua aplicação na vida de quem quer que seja e, portanto, devendo ser empregado apenas em casos de fundamental necessidade.

O direito penal não é um sistema que exaure todos os ilícitos existentes ou que sirva de proteção para todo e qualquer bem jurídico, sendo assim não cabe a ele esta responsabilidade. Ficando a cargo apenas do seu fragmento no ordenamento jurídico, tutelado os bens jurídicos que precisam de maior proteção.

Não cabe a este também definir o que é ilícito de forma originária e exclusiva, este apenas reforça a proteção a bens jurídicos já tutelados e protegidos por outros ramos do direito, como reforça Paulo Queiroz;

O direito penal não constitui (não tem caráter constitutivo), portanto, o ilícito, limitando-se a reforçar a proteção de interesses, ao selecionar e sancionar mais gravemente, dentre uma multitude de ações antijurídicas, por sua transcendência, fatos que já são – explícita ou implicitamente – sancionados pelo direito como um todo. O direito penal é um direito residual¹⁹.⁸

Isto, porém não significa dizer que somente porque a ação está tipicamente descrita no código penal que ela encontrará apoio jurídico, se a mesma não possuir um caráter de grande importância material ela será tratada como uma questão insignificante, não plausível de interferência penal, sobre o assunto o Luiz Flávio Gomes, afirma;

[...] “não podem ser penalmente típicas ações que, ainda que no princípio se encaixem formalmente em uma descrição típica e contenham algum desvalor jurídico, ou seja, que não estejam justificadas e não sejam plenamente lícitas, no entanto no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo, insignificante²⁰[...]”⁹

Para que aja a aplicação do direito penal, já houve uma previsão geral expressa em outro ramo do direito, assim este somente trata do assunto de forma mais específica, ou seja, todos os preceitos primários penais pressupõem outro preceito não penal, do qual são o complemento e reforço²¹.

A aplicação do direito penal se dá para e tão somente aos bens jurídicos tutelados considerados relevantes, reforçando que esse fator de relevância não está ligado

¹⁹ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva 2005.p. 18

²⁰ FLÁVIO, Luiz. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.56

²¹ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva 2005.P.18

somente ao valor do bem, ou ao sentimento pessoal que esse possa exprimir para alguma pessoa, e sim ao valor social a que esse bem jurídico representa.

Um fato considerado insignificante como já dito é algo que não cause grande lesão ao bem jurídico, mas essa lesão considerada aqui é a lesão material causada pelo fato, lesão material é aquela notada de forma visível e perceptível as pessoas no geral, é um dano ao interesse de outrem, se te causa um dano significativo e sensível à percepção por outrem, então há um dano material de importância. Como afirma Luiz Flávio Gomes; para ROXIN, a não incidência do Direito penal sobre o fato insignificante resulta de “não ser socialmente danoso em sentido material”²².¹⁰

Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor”, isto é, coisa materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. E por terem valor, sofrem ataques, ameaças e estão sujeitos a lesões, como disse Francisco Toledo²³.

Dentre o imenso numero de bens existentes, o direito seleciona os bens que lhe são “dignos de proteção” e os denomina em “bens jurídicos”, como afirma Francisco Toledo²⁴.

Sobre a definição de bem jurídico, Francisco Toledo traz que;

“[...] bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais²⁵”.

A princípio, a intenção do ordenamento jurídico brasileiro, era que o direito penal intervisse de forma mínima na vida em sociedade, sendo requestado apenas como exceção em casos extremos, quando nenhum outro meio legítimo pôde resolver o embate. Vê-se dessa forma, pois não são todos os bens merecem atenção do direito penal, sendo assim, não havendo razão de usar um meio mais repressivo quando houver solução mais branda e menos agravosa para um cidadão e a sociedade.

²² FLÁVIO, Luiz. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P.80

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.15

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.16.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.17.

O direito penal só deve agir quando nenhum mais outro ramo do direito tiver sido bastante, para proteger os bens jurídicos mais relevantes. Assim, firmando a concepção do direito penal como ultima ratio: o “direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”. Reduzindo assim, a seara penalista, transformando-o a sua aplicação de regra usada para dirimir qualquer ofensa ao bem jurídico numa exceção, usado em casos remotos.

A interferência do direito penal só deve se dar de maneira proporcional a gravidade da ação, de forma especial e singular ao caso concreto, quando não bastem as demais áreas do direito ou quando estes não se mostrem suficientes à lesão, devendo agir de forma excepcional. Nessa mesma linha Paulo Queiroz;

[...] a sua intervenção somente deve ter lugar nas hipóteses de singular, singularíssima mesmo, afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico “ordinário-principal”, demandando enfim, um plus de gravidade proporcional á gravidade da lesão e á significação social dos danos causados, o que se concretiza pela intervenção, “extraordinária-subsidiária”, do direito criminal²⁶.¹¹

Uma característica do direito penal mínimo é justamente essa fragmentariedade, na qual o direito penal fica responsável por um fragmento da ordem jurídica de uma sociedade, há essa divisão justamente para definir o que é passível da tutela penal ou o que cabe a outro ramo, neste sentido o direito penal fica por resguardar apenas os bens jurídicos de maior revelo.

Ao passo da fragmentariedade está o caráter subsidiário do direito penal, subsidiário por ter como função auxiliar os demais ramos do direito de forma excepcional quando estes não forem bastante. Ou de forma a ser utilizado como acessório para às sanções extrapenais que a princípio se mostram menos ofensiva ao individuo diminuindo o status punitivista que tem o direito penal.¹²

A subsidiariedade do direito penal denota que este deve agir quando qualquer outro ramo do direito se mostre ineficiente. Salientando este pensamento Paulo Queiroz já apontara;

²⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal – Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P.70

[...] sendo o direito penal a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, segue-se que a sua intervenção somente deve ter lugar nas hipóteses de singular, singularíssima mesmo, afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico “ordinário-principal”, demandando, enfim, um plus de gravidade proporcional à gravidade da lesão e à significação social dos danos causados, o que se concretiza pela intervenção, “extraordinária-subsidiária”, do direito criminal²⁷.

O direito penal vem para suprimir o direito à liberdade, como forma de penalização pela prática de um delito. Os delinquentes ou desviantes como classificou Becker²⁸, são aqueles que não aceitam o modo de vida de uma determinada sociedade e por isso procuram outros meios para se alcançar um mesmo fim. ¹³

Para Zaffaroni, o fundamento do princípio da insignificância está na ideia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime²⁹. Ou seja, não tem razão aplicar uma pena extrema, como a privativa de liberdade a um ilícito que apesar de ofender um bem jurídico, não o fez de maneira relevante.

Ao juiz caberá valorar a conduta praticada pelo agente, de forma a observar ações que embora tipificadas, não devam ser materialmente punidas pela sua característica irrelevante em relação ao detrimento do bem jurídico tutelado. Paulo Queiroz trouxe que;

O princípio da insignificância, cuja sistematização coube a Claus Roxin, o juiz, á vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados), não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância³⁰.

1.3 Direito penal mínimo

Por direito penal mínimo Paulo Queiroz afirma que este só tutela a respeito de situações excepcionais, quando coloque em risco a segurança da sociedade ou quando ameace gravemente um bem jurídico tutelado pelo Estado.

“Por “direito penal mínimo”, considera um direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado, isto é, limitado às situações de absoluta necessidade – pena mínima necessária -, que corresponda não só ao

²⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

²⁸ BECKER S. Howard. Outsiders – Estudos de sociologia do desvio”.

²⁹ Tratado de derecho penal, vol III, Buenos Aires: Ediar, p.554 et seq. Apud LOPES, Mauricio, 1997, p. 65.

³⁰ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva 2005.

máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos frente á potestade punitiva do Estado, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza, razão pela qual não terá lugar a intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos³¹.¹⁴

Para José Henrique a intervenção mínima do Estado acontece com bens tão essenciais em uma sociedade que precisam de uma proteção maior e essa proteção só pode advim do direito penal, já que este está incumbido de proteger bens jurídicos de maior relevância social e jurídica. Se não, vejamos;

O Principio da Intervenção Mínima estabelece que o Direito Penal s deve atuar na defesa dos bens jurídicos relevantes para os indivíduos e para a sociedade, bens imprescindíveis a convivência pacifica dos homens e que não podem ser protegidos de outra forma. É medida de orientação e limitação do poder punitivo estatal³².

É inegável o papel relevante do direito penal na atuação do controle social³³, garantindo a resignação dos indivíduos às normas e regras impostas pelo Estado. Porém o direito penal deve interferir na vida pessoa de cada individuo o mínimo possível, não sendo esse possível quando viável e cabível a utilização de outro ramo do direito, consequentemente menos lesivo que aquele.

O direito penal se justapõe para que seja submetido aos indivíduos que não aceitam as regras impostas ou que as descumprem, para que assim, haja um controle do estatal pela primazia das leis, ou seja, o direito penal só é imposto a quem insiste em descumprir as normas que estão devidamente expressas no ordenamento jurídico penal, sendo neste caso a única forma de repreensão cabível, a não ser que haja previsão expressa diferente desta.

Sobre o descumprimento das normas a lei considerada este ato ilícito. O ilícito não foi criado pelo direito penal, ele não tem esse caráter criador, mas tem o condão de apregoar em lei as consideradas práticas delituosas, ou seja, que ferem direta ou indiretamente

³¹ QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal / Paulo Queiroz. – 3. Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P 71

³² REBÊLO, José Henrique Guaracy. Principio da insignificância: interpretação jurisprudencial / José Henrique Guaracy Rebêlo. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P 20

³³ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.70.

um bem jurídico significativo, definir quais os limites de aplicabilidade da norma, quem são os agentes e quais punições aplicáveis a cada tipo penal.

O ilícito está em ir contra ao que está disposto na norma, assim como, por exemplo, o artigo 157 do código penal estabelece o crime de roubo, que é subtrair coisa alheia mediante violência ou grave ameaça, ou seja, a norma já estabelece a conduta delituosa para que assim não haja a prática da mesma (prevenção geral), então se você subtrai algo de alguém, mediante violência ou grave ameaça, você vai contra o disposto na lei, ensejando a prática de ato ilícito.

O direito penal possui caráter sancionador, preventivo, resolutivo enfim, á diversas características dada ao direito penal, às vezes até de uma forma precipitada, mas assim como os demais ramos do direito o penal também tem um fim para qual tutela. Sobre a missão fim do direito penal, Nilo Batista afirma que; “a missão do direito penal *defende* (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas); ser-lhe-á percebido cunho propulsor, e a mais modesta de suas virtualidades estará em *resolver* casos”³⁴.¹⁵

Nota-se que é incumbido ao direito penal, diversas tarefas quem nem sempre são solucionadas somente aos olhos do direito penal, a este só deve aderir questões que não encontraram solução em nenhum outro campo do direito pela extensão do dano causador, não cabendo ser utilizado para dirimir toda e qualquer questão a título de defender a sociedade, pois não a ele não lhe cabe esta missão.

Ainda sobre a missão do direito penal, Nilo Batista³⁵ pontua que;

[...] o direito penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das “condições de vida da sociedade”, como Mestieri³⁶ ou na “finalidade de combater o crime”, como Damásio³⁷, ou na “preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social”, como Heleno Fragoso³⁸.¹⁶

³⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³⁵ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p84.

³⁶ Teoria Elementar do Direito Criminal. Rio de Janeiro, 1971, p.3, apud BATISTA, Nilo, 2011.

³⁷ Op. Cit., p.3, apud BATISTA, Nilo, 2011.

³⁸ Lições de Direito Penal, P.G. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.2, apud BATISTA, Nilo, 2011.

Para a aplicação da lei penal, deve haver por parte desta uma adequação social, equivale dizer que a norma deve estar em consonância com os costumes de determinada sociedade, ou seja, aquilo que é considerado ilícito deve atingir valores imprescindíveis para esta sociedade, de forma que precise desta intervenção penalista.

O direito penal deve interferir na vida privada o mínimo possível, assim como nas relações sociais. Não cabendo a este resolver todos os conflitos que envolvam algum bem jurídico, devendo haver importância inegável deste bem, observando também que nem todo bem é um bem jurídico.

Não é pelo fato do direito penal defender os interesses sociais, que este deverá defender interesses pessoais de cada indivíduo, aquele protege interesses que interessem a toda coletividade, seja pela importância dada pela lei, seja pela importância dada pela própria coletividade.

Assim como o caráter subsidiário e fragmentário o direito penal também possui o caráter mínimo em sua aplicabilidade. Ou seja, sempre que houver alternativas diversas em outros campos do ordenamento jurídico, não se deve ser aplicado o ordenamento jurídico penal.

Até porque como bem afirma Janaina Paschoal³⁹; o Direito Penal consiste na arma mais poderosa e incisiva de que se pode valer o Estado, pois priva os indivíduos de sua liberdade, que certamente constitui um dos mais importantes direitos fundamentais. Este é um dos direitos mais importantes, porém não é o único que se perde quando se está dentro do sistema.

O direito penal mínimo defende que este deve ser aplicado o mínimo possível, em casos excepcionais como uma exceção não uma regra. Porém é sabido que a sociedade coloca todas as expectativas de uma melhor sociedade no direito penal, com leis mais severas, mais abrangentes, com menos possibilidade de defesa aos apenados, deixando estes cada vez mais a margem da sociedade, mas não irei adentrar na crítica da criminologia.

O direito penal é tido como ultima ratio, ou seja, como ultimo recurso porque assim o é em sua aplicação, em sua subsidiariedade o direito penal não é aplicável

³⁹ PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo / São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.21

onde atinente outro ramo do direito, porque sua utilização é tida como a mais gravosa das punições então se há a possibilidade de se utilizar o processo civil, por exemplo, não tem o que se falar na utilização do processo penal.

Luiz Flávio Gomes, afirma, por exemplo, que um fato notadamente insignificante não merece o aparato penal: [...] quando o fato é reconhecidamente insignificante ou nímia ofensividade (um furto de muito poucos reais, p.ex.), parece mais correto, proporcional, política e criminalmente melhor a não incidência do Direito penal [...] ⁴⁰ ¹⁷.

Visto assim porque a pena aplicável no direito penal, seja ela a restritiva de direitos ou da própria liberdade, restringe o individuo de seus direitos mais fundamentais, um dos principais seria o de ir e vir, previsto na Constituição Federal.

Sendo assim se um fato é notadamente insignificante, não há razão suficiente para se aplicar o direito penal que é considerado como ultimo recurso no ordenamento jurídico, aplicando-se também o principio da mínima ofensividade ou lesividade da conduta onde não se aplica o direito penal em casos que não houve sequer lesão ao bem jurídico ou perigo de lesão.

O direito penal possui a percepção da sociedade em geral um caráter sancionador, mas essa figura não pode dar espaço para que aquele seja aplicado indistintamente a toda e qualquer questão que esteja disciplinada na norma penal.

Tem que haver uma conduta típica e mais ainda que essa conduta afete bem jurídico, não se fala em aplicação do direito penal sem que tenha havido lesão. José Henrique pontua que; “não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico. [...] Embora seja certo que o delito é algo mais que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade”⁴¹ ¹⁸.

⁴⁰ FLÁVIO, Luiz Principio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.79

⁴¹ REBÊLO, José Henrique Guaracy. Principio da insignificância: interpretação jurisprudencial / José Henrique Guaracy Rebêlo. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P 20

Se levado em conta a devida aplicação da norma legal, então não se haveria o princípio da insignificância visto que a lei não exclui os bens jurídicos insignificantes da aplicação da norma, porque está tem caráter geral e quando há exceções estas estão devidamente expressas na lei. Mas felizmente não há essa aplicação tão incisiva do direito penal. Dando espaço aos princípios estabelecidos de forma doutrinária e jurisprudencial, sem esquecer que deve haver notória lesividade ao bem jurídico tutelado.

A este respeito traz Luiz Flávio Gomes que “a exigência de uma aplicação não formalista da norma incriminadora é expressão de um Direito penal objetivo fundado nos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos (objetividade jurídica) e de necessária lesividade (ofensividade)”⁴².

A lei não deve ser aplicada com tanto formalismo como visto anteriormente, ela só precisa ser aplicada corretamente aos casos que realmente suscitem sua aplicação. Muito se fala sobre a criação de novos tipos penais a diminuição da maioria punitiva, ocorre que como “Beccaria já sinalizava que proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que dela possam resultar, mas criar outros”⁴³.

Coibir diversas ações indeterminadas com a intenção de se prevenir crimes que delas possam ocorrer, só faz com que novos crimes ocorram. Não há que se criarem mais leis, mais normas, assim, como não há que se proibirem mais ações visando à diminuição na prática delituosa, pra isso já existem normas suficientes, o que deve haver é gestão das normas já existentes e uma aplicabilidade mínima mais efetiva daquelas.

⁴² FLÁVIO, Luiz. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.82

⁴³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. Ed., São Paulo: RT, 1997, P. 27. Apud Rebêlo, José Henrique Guaracy, 2000. P 21

CAPÍTULO II - Princípio da Insignificância

2.1 Significado

Os princípios jurídicos são um conjunto de normas, presentes ou não no ordenamento, mas que definem condutas padrões numa determinada sociedade e que regularizam as relações sociais. Conforme, Ivan Luiz “os princípios jurídicos revelam a cultura sociojurídica de uma sociedade em um dado momento (ou no decorrer) de sua história, sendo o conteúdo principal formado pelos valores superiores aceitos como verdade por essa sociedade”⁴⁴.¹⁹

A palavra princípio deriva da palavra latim *principium* que significa ordem; começo⁴⁵. Os princípios no ordenamento jurídico servem como base para a aplicação e criação de demais normas no direito, eles surgem na sociedade e para a sociedade em sua cultura sociojurídica. A definição exata de princípio não encontra assentamento pacífico na doutrina, dependendo do ponto de vista de cada doutrinador.

Mas é a partir da cultura sociojurídica de uma determinada sociedade é que se amoldarão os princípios, pois estes surgem a partir daí e vão se afirmando com o tempo. Então, depois de criado um princípio jurídico em prol de determinada sociedade aquele servirá como base para as demais normas a serem criadas pelo legislador, ou seja, tem que haver uma adequação entre as normas criadas posteriormente ao princípio já existente, eis que aquelas não poderão ser contrárias ao disposto anteriormente. Assim também entende Ivan Luiz, ao afirmar que:

“Os princípios são, portanto, mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, compostos de valores da cultura sociojurídica da sociedade, que servem de substrato às outras normas jurídicas quando aplicadas na solução de casos concretos⁴⁶”.

No parágrafo acima, Ivan Luiz afirma que os princípios são compostos de valores da cultura sociojurídica, ou seja, aqueles costumes de um determinado povo que se transformou na cultura deste fazendo assim, com que as normas e princípios fossem elaborados conforme essa cultura ao exemplo pode citar o uso de entorpecentes em Portugal,

⁴⁴ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2004, p.21

⁴⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico, v. III, J-P, 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 447 . Apud Ivan Luiz da Silva, p. 28.

⁴⁶ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.30.

que descriminalizou o consumo de drogas para fins pessoais em 2001 e contra este temos o Brasil que criminaliza o uso de entorpecentes, apesar de não haver reprimenda severa aos usuários, ainda assim continua sendo considerado crime porque na cultura sociojurídica do país não é aceitável o uso de entorpecentes.

Os princípios representam no ordenamento jurídico bases fundamentais para o sistema do qual fará parte servindo como referencia para as normas. Desta forma, Ivan Luiz entende que; [...] “infere-se que princípios são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema. Na seara jurídica significam a base fundamental do ordenamento normativo, atuando como critérios de direção na elaboração e aplicação das outras normas jurídicas”⁴⁷.²⁰

Como já foi dito, é de se saber que o ordenamento jurídico mais especificamente o ordenamento jurídico penal não sucumbe todas as possibilidades de ilícitos que podem existir na vida em sociedade, haja vista ser uma variante enorme e inesgotável por mais que quisesse exercer tal função.

Porém, esta não é a missão fim do direito penal. Nele o legislador cria as normas de forma geral, não adentrando na especificação de cada artigo nem nas suas diversas possibilidades, mas dando os liames para sua aplicação, ficando a cargo dos princípios jurídicos limitar o alcance da norma a determinados caso, como é o princípio da insignificância que limita o aplicação da norma a casos em que o bem jurídico seja insignificante para o direito penal. Ensina Ivan Luiz que;

[...] a imperfeição da técnica legislativa faz com que condutas sem relevância jurídica alguma para o Direito Penal sejam consideradas formalmente típicas, quando deveriam ser excluídas da incidência da lei criminal, já que os fatos sociais visados pelo legislador penal são aqueles que possam causar danos significativos aos bens jurídicos penalmente tutelados.⁴⁸

Ou seja, o fato de a norma não ser específica a cada conduta faz com que todas as condutas que se encaixem na norma, sejam consideradas condutas típicas e assim puníveis, não excluindo condutas que não possuem nenhuma relevância ao tipo penal, nem

⁴⁷ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p29.

⁴⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p83.

mesmo merecedora de aplicação do direito penal, tendo em vista que esse só deva ser aplicado a casos extremos e de exceção.

É nesse espaço entre a aplicação da norma e as condutas que ela abrange que entra o princípio da insignificância, que como o próprio nome já diz é aplicável a casos em que o bem jurídico lesado, não possui significância ao ordenamento jurídico e aqui como já foi dito no primeiro capítulo não se fala somente da questão valorativa do bem e sim também da sua proteção na norma.

Com fundação na doutrina majoritária, o princípio da insignificância teve origem no direito romano, fixando-se no brocardo *minimis non curat pretor*, que é o mesmo que o pretor não cuida de coisas pequenas. Mas foi introduzido no sistema penal em 1964 por Claus Roxin, um jurista alemão. Para ele o princípio permite na maioria dos tipos penais fazer-se a exclusão, desde o início, dos danos de pouca importância⁴⁹.

Deve-se a Claus Roxin a primeira sistematização principiológica da insignificância em matéria penal. Assim, para o jurista Alemão, o Princípio da Insignificância constitui-se num autêntico princípio de Direito Penal, defendendo, ainda, a tese de que este permite, na grande maioria dos delitos, fazer a exclusão dos danos de ínfima importância^{50, 21}.

Para Luiz Flavio Gomes; O princípio da insignificância “é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores”⁵¹.

É sabido que o princípio em tela não tem previsão expressa na legislação brasileira, sendo firmado por construção doutrinária e jurisprudencial e adquirindo força de uso ao longo do tempo e da própria evolução do princípio, que foi se ajustando com o passar do tempo e da sua aplicabilidade.

Sendo assim, não possui um conceito formal estabelecido em lei, já visto, pois que não previsão do mesmo na legislação ordinária, o que se tem são construções

⁴⁹ MANÃS, Carlos Vico. Op. cit; 1994. P. 81. apud, Ivan Luiz da Silva, Curitiba: Juruá, 2005. P. 94

⁵⁰ ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 200. P. 47. Apud, Ivan Luiz da Silva, p. 113.

doutrinarias a cerca deste e que juntamente com a jurisprudência se encarregam de estabelecer um conceito e fixar parâmetros para sua utilização.

A respeito dessa falta de previsibilidade em lei Luiz Flávio Gomes afirma que “a falta de regulamentação do principio da insignificância não tem impedido que a doutrina e a jurisprudência afirmassem sua existência”⁵¹ e confirmem ainda mais sua utilização no mundo jurídico.

Para Francisco de Assis o conceito do principio da insignificância está contido em sua própria denominação. O direito penal, por sua natureza fragmentaria, só vai ate onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas⁵².

Por sua vez, Vico Mañás conceitua o principio, desta forma:

O principio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição politico-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal⁵³.

Mañás traz em seu conceito a aplicação do Direito Penal de forma restritiva, se utilizando de seu caráter fragmentar no ordenamento jurídico penal e descriminalizando condutas que não afetem de forma grave os bens jurídicos, sendo assim, seria o principio da insignificância como excludente de ilicitude.

Dizer que o principio da insignificância é causa excludente de ilicitude, não significa dizer que o crime deixa de existir. A conduta de furtar algo, por mais que de ínfimo valor ainda será ilícita, porém não é uma ação que deverá ser reprimida pelo direito penal, tanto pelo valor bagatelar quanto pela ausência de risco do ato em si.

Ainda no que tange a conceituação do princípio a jurisprudência tem seguido a mesma linha de entendimento doutrinário e tem contribuído para a conceituação objetiva do Principio da Insignificância em matéria penal. Conforme se observa no conceito:

⁵¹ Luiz Flávio. Principio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.111

⁵² FLÁVIO, Luiz. Principio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.83

⁵³ MAÑÁS, Carlos Vico. Op. Cit; 1994. P. 67. Apud Ivan Luiz da Silva, 2011.

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatelas, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois a completa falta de juízo de reprovação penal⁵⁴.²³

Além de desconsiderada a tipicidade do fato o referido princípio possui o condão de excluir a ilicitude da conduta, ou seja, como já foi disposto em ocasião anterior apesar da conduta está devidamente tipificada em lei, ela não é considerável pelo direito penal pela sua insignificância material, então quando uma ação mesmo ilícita é considerada insignificante esta perde o caráter de ilicitude para fins penais.

Conforme pensamento de Luiz Flávio Gomes “a consequência natural da aplicação do critério da insignificância consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade”⁵⁵.

A conduta continua por si só continua sendo considerada um ilícito, e assim prevista no ordenamento jurídico penal normalmente, até porque aplicar a insignificância ao ato não significa dizer que furtar algo de um supermercado, por exemplo, não é crime, sim furtar ainda continuará sendo crime, porém, presentes certas características já estabelecidas e fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões essa conduta passa a ser considerada insignificante materialmente, ou seja, não merece que o direito penal lhe aplique uma sanção.

Acionar o sistema judiciário em prol de condutas insignificantes é um dispêndio enorme, que em sua maioria supera o próprio valor da causa, sem contar que muitas das vezes o judiciário é moroso, com isso, travaria ainda mais o andamento de causas cuja a relevância do bem jurídico vai além daquele e cuja a importância também é maior, olhando assim parece estar falando de consequências continuas, mas realmente as são. A este respeito leciona Luiz Flávio Gomes;

Ademais, “a estigmatização que o próprio processo penal gera, o labor dos funcionários e empregados do poder judiciário avocados a investigação e análise destes fatos, o tempo e esforço empregado por aqueles que devem colaborar de outro modo com a Justiça e o custo econômico que a atividade

⁵⁴ TACrim – SP. Apel. 1.044.889/5, Rel. Breno Guimarães, 24.09.1997

⁵⁵ FLÁVIO, Luiz. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.56

judicial demanda, são tão só alguns outros inconvenientes que demonstram a não necessidade do controle penal das insignificâncias⁵⁶ [...] ²⁴

Entende-se, portanto, que o princípio da insignificância vem ao ordenamento jurídico com a função de filtrar condutas que mesmo tipificadas não merecem o dispêndio do processo penal, nem punições do direito penal que são em muitas das vezes um tanto inibidoras e não carecem ser despendidas em ações banais.

Como bem ensina Luiz Flávio Gomes; “Aplicando-se este princípio a fatos mínimos se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal⁵⁷”.

O princípio da insignificância embora não previsto no ordenamento jurídico pátrio, encontra respaldo da sua legalidade no fato de que a legislação como um todo, não poderia prever todos os casos possíveis de condutas que estariam previsivelmente dispostas em lei, por isso, os princípios jurídicos servem como uma reserva legal no qual são aplicados em caso de ausência de norma específica para cada caso, assim o é com o referido princípio.

Carlos Mañas afirma que: “A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal”⁵⁸. O que o autor quis dizer é que os princípios são garantidos constitucionalmente, mesmo não estando explícitos na norma, justamente por conta da reserva legal, prevista no artigo 5º, § 2º pelo qual: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁵⁹.

⁵⁶ FLÁVIO, Luiz. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.83

⁵⁷ Cf. CORNEJO, Abel. Teoria de la insignificancia. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. Apud, Luiz Flávio Gomes, 2009. P.53

⁵⁸ MAÑAS, Carlos Vico. Op. Cit; 1994. P. 67. Apud Ivan Luiz da Silva, 2011, p. 107.

⁵⁹ Constituição Federal do Brasil, 1988.

⁶⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p.30

A aplicação dos princípios não explícitos no ordenamento jurídico se dá pelo julgador, aplicador do direito ao caso concreto em que faz a análise de cabimento do princípio ao caso⁶⁰.

O referido princípio da insignificância como os demais, não está previsto na norma, porém foi deduzido pelo seu caráter fragmentário, separando as condutas não significativas das que realmente necessitam de um aparato judicial, afastando ainda mais abarrotamento do Judiciário com causas de valores irrisórios.

2.2 Pressupostos: fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, concepção material de ilicitude, desvalor da conduta e do resultado.

A fragmentariedade do direito penal como já explanado no primeiro capítulo refere-se ao seu caráter em que por si só cuida de apenas parte do ordenamento jurídico com um todo, ou seja, a este só cabe um fragmento do todo. Significa dizer que o ordenamento penal não irá cuidar de todas as demandas suscitadas no campo jurídico.²⁵

Ao direito penal não cabe demandas da área civil, administrativa ou trabalhista a cada um destes se dividirá suas próprias funções. É certo que há algumas condutas administrativas ou cíveis passíveis de punição penal, mas essas se encontram devidamente previstas no código penal.

Porém o Direito Penal não surgiu com todos os bens jurídicos já definidos, nem quais seriam os objetos tutelados, essa definição se deu pela importância que foi sendo dada aos bens jurídicos por outros ramos do direito e que mereciam uma maior proteção do Estado. A esse respeito Ivan Luiz ensinou que:

“A Construção do Direito Penal não se realizou com objetos jurídicos de tutela próprios e exclusivos. Pelo contrário, sua formulação realizou-se através de um processo de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os num sentido de importância informado por outros ramos do Direito⁶¹”.

O primeiro a tratar sobre a natureza fragmentária do Direito Penal foi Binding, para ele o Direito Penal não se tratava de um rol completo de proteção dos bens jurídicos, mas de um sistema de condutas não taxativas que necessitavam ser criminalizadas, porque essa era a forma de proteção jurídica e prestação jurisdicional⁶².

⁶¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. Cit; 1997. P.61. apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.130.

⁶² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. Cit; 1997. P.63. BITENCOURT, César Roberto e PRADO, Luiz Régis. Op. Cit; 1996. P. 83. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.131.

O Direito Penal foi estabelecido com a participação dos demais ramos do direito, assim, lhe foi ofertado os bens jurídicos essenciais que mereciam maior proteção e não cabia a outras áreas jurídicas, ficando a cargo daquele tutelar por bens que pela sua importância merecem maior aparato jurídico.

Como já dito anteriormente o direito penal surge na sociedade e para a sociedade num determinado período, isso quer dizer que aqui também há de se falar numa cultura sociojurídica como influenciadora, como exemplos temos diversas lei que foram incentivadas pela pressão de um clamor social por justiça em os casos de comoção social.

26

A fragmentariedade do Direito Penal vem a limitar a sua atuação no ordenamento jurídico, não deixando com que essa influência venha sobrecarregar as suas funções nem demandar ações que não lhe cabem ou que não são de seu fim, mas que pertencem a outros campos do ordenamento jurídico.

Nesse ponto a fragmentariedade está intrinsecamente ligada a subsidiariedade do Direito Penal, porque na segunda a aplicação da norma penal só se dá de forma subsidiária para auxiliar casos extremos no qual nenhuma outra matéria do direito pôde solucionar, ligando a fragmentariedade onde essa característica também torna o Direito Penal num caráter subsidiário/auxiliar.

Em síntese, o caráter fragmentário do Direito penal, também se trata de um princípio, o qual seja o Princípio da Fragmentariedade do Direito Penal e de acordo com Ivan Luiz, aquele se propaga em três aspectos:

“a) apenas os ataques de especial gravidade contra os bens jurídicos penalmente tutelados merecem reprovação criminal; b) somente algumas condutas tidas como antijurídicas pelos demais ramos do Direito são tipificadas penalmente; c) em geral, as alies meramente imorais não merecem reprimenda criminal⁶³.”

No que tange ao carácter de subsidiariedade do direito o penal o mesmo já foi abordado exclusivamente acima. E nada mais é do que tratar das normas penais como *ultima ratio*, ultimo recurso tendo em vista que este é um dos recursos mais gravosos para o

⁶¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. Cit; 1997. P.61. apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.130.

⁶² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. Cit; 1997. P.63. BITENCOURT, Cézar Roberto e PRADO, Luiz Régis. Op. Cit; 1996. P. 83. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.131.

⁶³ BITENCOURT, Cézar Roberto e PRADO, Luiz Régis. Op. Cit; 1996. P. 83. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.132.

indivíduo privando-o de direitos fundamentais, por tal razão é que não se deve ser usado o direito penal em questões ínfimas.

É certo que o Direito penal trata de lesões a bens jurídicos de maior importância, mas é de se saber também que não é qualquer lesão que exigirá sua aplicabilidade, há de ser uma lesão significativa ou ao menos de notável observância. É o caso do furto de sabonetes em um grande supermercado, a ação continua sendo imoral como disse Ivan Luiz, mas não merece uma reprimenda criminal, porque o fato não ocasionou lesão significativa, não houve aqui um prejuízo a terceiro⁶⁴.²⁷

Sendo assim, o caráter subsidiário assim como o fragmentário do Direito penal, cuida para que somente questões em que ocasione alarmante prejuízo a terceiro ou a direito deste, tenham atenção do aparato penal, fazendo assim uma seleção das questões que serão abrangidas pelo ordenamento jurídico penal, excluído as questões ínfimas e de pouca importância.

O Princípio da fragmentariedade e a natureza subsidiária do Direito penal são tratados pelo Princípio da insignificância, que também faz essa seleção de forma qualitativa e quantitativa das condutas na procura de defender os interesses sociais fundamentais. É de se considerar a esse respeito o entendimento de Ivan Luiz:

[...] Princípio da Insignificância, que diante de ações típicas insignificantes atua como mecanismo de seleção qualitativo-quantitativa das condutas mais graves contra os bens jurídicos atacados, objetivando, assim, estabelecer um padrão de aplicação da lei criminal, denominado de “mínimo ético” do Direito Penal, e compor um sistema razoável para obliterar as injustiças formais da lei penal, firmado nos pressupostos de defesa dos interesses humanos fundamentais⁶⁵.

Para que seja aplicado o Princípio da insignificância primeiro é preciso que haja um ilícito. O Estado cria uma norma, tipificando certa conduta e nessa mesma norma há está configurada também sua sanção, que seria um ato para coagir a ação do indivíduo que praticou o disposto na norma. Da conceituação de ilícito Hans Kelsen ensina que é:

[...] a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit; 1998.p. 120. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.132.

⁶⁵ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro.Op. Cit; 1997.p. 61. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p. 133.

coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção⁶⁶.²⁸

A ilicitude é aquilo que se opõe a norma, ao direito previsto em lei. É uma relação ou propriedade que se atribui ao fato típico penal. O termo ilicitude exprime a ideia de contradição, de oposição ao direito⁶⁷.

A ilicitude se dá quando há o descumprimento ou a desobediência a um dispositivo penal. Seja por fazer ou deixar de fazer algo expressamente previsto em lei. Francisco Toledo⁶⁸ diz que a ideia de “bem jurídico” se coloca no centro do problema penal, impondo-se como critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal. Ou seja, para haver um ilícito há de existir violação ao bem jurídico tutelado.

Porém há de se ter cuidado ao afirmar que qualquer conduta imoral possa ser considerada ilícita, pois como já foi tratado aqui a conduta além de ser gravosa a outrem a conduta tem que ofender algum bem jurídico fundamental assim sendo, não pode ser toda e qualquer conduta, nem qualquer tipo de lesão pelo simples fato de se encaixar na norma positivada. A esse respeito ensina Hans Kelsen:

“Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção⁶⁹.”

A esse respeito, a concepção material de ilicitude nada mais é do que as condutas contidas na norma positivada, ou seja, na própria lei. São condutas tipificadas no ordenamento jurídico qualificando condutas e estipulando sanções penalizadoras que são formas coercitivas do Estado de prevenir estas ações e de puni-las.

Essas normas são feitas de forma abstrata, não podendo legislador prevê todas as condutas ilícitas que pode haver dentro de um determinado tipo penal, isso torna a

⁶⁶ KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.78

⁶⁷ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2004, p.21

⁶⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.18.

⁶⁹ KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.78

norma muito ampla e abrangente, fazendo com que até as menores das condutas se encaixem no tipo legal, configurando uma conduta ilícita. Menores porque no Direito penal as condutas podem ser quantificadas em maior ou menor grau de reprovabilidade. Como ensina Ivan Luiz:

“A imprecisão legislativa e o caráter abstrato do tipo penal atribuem á descrição da conduta incriminada uma amplitude maior que a necessária para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado, já que algumas condutas sem significação jurídica para o Direito Penal poderão ser alcançadas pela descrição típica⁷⁰.”²⁹

Esse caráter abstrato faz com que o tipo penal abranja muitas possibilidades, já que não são previsíveis todas as ações e suas variáveis aplicáveis a um tipo penal. E mesmo que o legislador tivesse a intenção de especificar bem o tipo penal descrito, ainda sim não seria possível sanar todas as possibilidades de cometimento de ato ilícito.

Portanto o princípio da insignificância vem como um filtro para concepção material de ilicitude, pois essa em sua generalidade abrange um número vasto de condutas que muitas vezes não são por si só, ilícitas, mas que se encaixam de alguma maneira na norma material, ou seja, se enquadra na conduta tipificada pela norma.

Como mencionado no parágrafo anterior muitas condutas por si só, não são consideradas ilícitas, mesmo estando previstas em lei e isso ocorre pelo desvalor da conduta e do resultado, quer dizer que a conduta para ser considerada punível ela precisa ser uma conduta desaprovada socialmente, ou seja, não é uma conduta aceita, mas só o fato dela ser desaprovada ou ter seu desvalor considerado, não significa que será crime, há também que se ter o desvalor do resultado, seguindo a mesma logica o resultado da conduta reprovada precisa ser reprovado também⁷¹.

Isso ocorre, porque para o Direito penal existe uma valoração nas condutas, as penalmente mais gravosas, condutas menos gravosas e as condutas ínfimas, ou seja, que em nada altera o bem jurídico que não sequer sofre lesão e se sofre é de consideração mínima.

⁷⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p83

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. Principio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P.172

As condutas ínfimas são as que estão amparadas pelo princípio da insignificância, pois não possuem valor significativo para o Direito penal, como bem ensina Ivan Luiz sobre a classificação da insignificância:

[...] a classificação da insignificância será determinada segundo o grau de lesividade (ou de sua ausência) da conduta típica realizada. Será da modalidade insignificância absoluta se sua gravidade for nula, que terá como efeito excluir a tipicidade da ação; por outro lado, se a ação detiver uma gravidade de pequena ³⁰ monta, será da modalidade insignificância relativa, que, não obstante típica, tem sua antijuridicidade esvaziada, permitindo assim sua exclusão do âmbito penal⁷². ³¹

Da lição do autor depreende-se que as condutas com desvalor ao Direito penal aplica-se a insignificância absoluta, que é a insignificância propriamente dita, já ao ordenamento jurídico penal se incumbirá das condutas mais gravosas e que causem dano a outrem.

Portanto para haver a aplicação de sanção penal, além de haver uma conduta típica, tem que haver uma conduta significativa a ser punida, já que o Direito penal só deve ser usado em casos extremos, por ter sua aplicação um fator privativo de direitos fundamentais do indivíduo, então não justifica o uso extremo da norma penal para casos em que nem sequer deveria envolver o Judiciário, por se tratar de questões mínimas.

Havendo outros ramos do Direito passíveis de solucionar um caso, não há porque se aplicar o Direito penal a não ser que seja uma conduta que ocasione a aplicação de mais de um campo do ordenamento jurídico, como no caso de um ilícito civil, mas que em nada atrapalha a aplicação também de uma sanção penal, essa aplicação subsidiária da norma penal, vem em regra geral, estabelecida em lei.

O ilícito é o ato que vem em contrariedade com a norma, portanto o cometimento de um ato ilícito é supostamente agir em confronto com o que dispõe a lei. Porém em sua maioria o ilícito penal está justamente na característica de agir conforme dispositivo legal, ou seja, a conduta de indivíduo se encaixa em norma devidamente prevista no Código penal, este então está praticando um ilícito, pois aqui a conduta se caracteriza no

⁷² SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.161.

agir conforme o dispositivo legal. Lembrando também que há ilícito em não fazer, como é o caso da omissão de socorro, prevista no artigo. 135 do Código Penal.

O ato para ser tido como ilícito precisa ter o desvalor na sua prática, ou seja, o desvalor da conduta, essa conduta precisa ser considerada uma conduta desprezível num ordenamento jurídico, num meio social. Esse desvalor consequentemente traz consigo o desvalor do resultado, que não é uma regra, pode-se haver o desvalor da conduta sem o mesmo para o resultado, porque nesse caso a conduta não seria considerada ilícita já que não houve uma desaprovação no resultado da mesma.

A esse respeito nos ensina Luiz Flávio Gomes;

A relação que existe entre eles é a seguinte: o desvalor da conduta (a sua desaprovação) é pressuposto lógico do desvalor do resultado (ou seja: sem a constatação da desaprovação da conduta, não se pode falar em desaprovação do resultado jurídico). O desvalor da conduta é um *prius* frente ao desvalor do resultado⁷³.³²

Aqui o autor está demonstrando o papel fundamental para a caracterização do ilícito penal a presença indispensável do desvalor do resultado, pois sem que esse ocorra não há o que se tratar no campo do Direito Penal.

Ou seja, não se deve punir o indivíduo pelo simples fato de que seu agir não condiz com o que é aceitável pela norma, para que haja legitimidade na punição tem que haver como consequência o desvalor do resultado. É nesta questão que o desvalor da conduta se conecta com o princípio da insignificância, pois neste a conduta praticada está regularmente disposta no ordenamento jurídico, mas o resultado desta não trouxe grande dano ao bem jurídico tutelado pelo Estado e por isso fica isento da punição estatal.

Assim como ocorre com o desvalor da conduta que fica livre da punição jurídica penal se não houve como consequência um desvalor do resultado, ou um resultado que trouxesse dano de maior relevância a terceiro.

O desvalor do resultado se há com a mudança externa causada pela ação, ou seja, a conduta desaprovada muda transforma a natureza no qual se encontrava o bem jurídico lesado. Conclui-se então que o desvalor da conduta está ligado ao desvalor do resultado, sem o qual não é possível se identificar como uma conduta reprovável.

⁷³ FLÁVIO, Luiz Gomes, sítio <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923734/desvalor-da-acao-e-desvalor-do-resultado>, acessado dia 06/08/2017, às 16:03

2.3 Insignificância e atipicidade

O princípio da insignificância vem do brocardo latino *mínima non curat praetor*, que significa dizer que o pretor não cuida de coisas pequenas⁷⁴.³³ É o mesmo que dizer que determinado ente não pode se ocupar com questões mínimas e essa significação representa bem o que é o princípio da insignificância.

Tal princípio apesar de não encontrar classificação ou previsão expressa na doutrina, foi incluído ao ordenamento jurídico pela construção doutrina e principalmente jurisprudencial, portanto é inegável a verificação do princípio da insignificância como uma legítima norma jurídica. Como assenta Ivan Luiz: “Exsurge, pois, que o Princípio da Insignificância atende devidamente á estrutura lógica normativa, uma vez que possui hipótese fática e injunção (mandamento) suficientes para caracterizá-lo como autentica norma jurídica⁷⁵”.

Vale lembrar que se referir ao princípio da insignificância como princípio da bagatela não significa dizer a mesma coisa. Mas ambas as expressões tem sido utilizadas indistintamente pelos aplicadores do Direito assim como pela própria doutrina, colocando-as como sinônimos que não o são. Ivan Luiz ensina que:

[...] tais termos não são expressões sinônimas de um mesmo instituto jurídico-penal, pois o princípio da insignificância é espécie de norma jurídica – princípio jurídico – aplicável na solução de casos concretos onde se verifica a ocorrência de um crime de bagatela, que é uma infração penal que provoca escasso ou insignificantes dano ao bem jurídico atacado⁷⁶.

Ou seja, o que o autor quis dizer é que porquanto o que pode ser considerado bagatela é o crime praticado por algum individuo que não cause dano de maiores proporções, a esse crime intitulado de bagatela se aplica o princípio da insignificância que como já visto é uma norma jurídica usada de forma complementar a lei, aplicada ao caso concreto.

⁷⁴ SÍTIO: <https://www.dicionariodelatim.com.br/de-minimis-non-curat-praetor/>. Acessado em 11/07/2017

⁷⁵ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.104.

⁷⁶ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.88.

A insignificância no Direito Penal surge com o viés de classificar condutas “sem valor” para o ordenamento jurídico, afastando-as do Judiciário, evitando assim um dispêndio desnecessário. Assim sendo, exclui condutas insignificantes, ou seja, que não cause dano relevante ao bem jurídico.

Como já visto essa lesividade ao bem jurídico tem que ser expressiva aos olhos, não basta existir uma lesão, esta tem que ter causado prejuízo real ao bem. Como dito no tópico acima, o desvalor do resultado tem que existir para que se puna o desvalor da conduta.

A caracterização do desvalor do resultado vai de caso a caso, sendo feita uma análise ao bem jurídico lesado, como visto no primeiro capítulo que nem mesmo a vida recebe uma proteção ilimitada pelo Direito Penal, sendo assim não há restrição da aplicabilidade da insignificância somente por ser um direito fundamental, o que se considera além da conduta é o seu resultado ao bem.

Sabe-se que tanto para o princípio da fragmentariedade, quanto para o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, revelam que este só deva ser aplicado em casos extremos para grandes lesões ao bem jurídico, à insignificância por si só denota também essa característica de exclusão de questões ínfimas em que o resultado de tal ação não acarreta grandes lesões.

A tipicidade da conduta é que a torna punível no âmbito penal, caso seja considerada insignificante não há o que se falar em aplicabilidade punitiva, pois para acarretar seu uso só havendo grande malefício ao bem jurídico.

Aplicar o princípio da insignificância a uma conduta é considera-la atípica. Se não vejamos, a conduta é considerada insignificante por apresentar lesão mínima ao bem jurídico, ou seja, por mais generalizada que a norma seja, esta não deve aplicação a questões mínimas. Então, se não é punível pela norma, não há também que se falar em tipicidade. Porquanto a conduta para ser considerada típica ela além de estar de acordo com a norma, tem que causar também lesão significantemente perceptível.

Luiz Flávio Gomes entendeu da mesma maneira, exemplificando com o HC. 84.412-SP Relator Min. Celso de Mello:

A insignificância afasta a tipicidade material: se em relação ao princípio da irrelevância penal do fato (que consiste numa causa de exclusão da pena

concreta, em razão da dispensabilidade ou desnecessidade) o *déficit* jurisprudencial concerne a sua própria aplicação, quanto ao princípio da insignificância o que ainda está faltando é salientar (em todos os casos) sua precisa fundamentação. Sabe-se que o princípio da insignificância exclui a tipicidade, porém, qual das suas dimensões: a formal (ou fático-legal), de um lado, ou, de outro, a material (ou normativa)? Não há dúvida que a segunda é a afetada⁷⁷.³⁴

Ao falar de tipicidade há de ser considerado que a mesma está dividida em tipicidade formal e tipicidade material no qual a tipicidade formal nada mais é do que a adequação da conduta a norma, ou seja, o indivíduo que adentra em um supermercado e furta dois sabonetes, o Código Penal prevê essa conduta em: “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel⁷⁸”, observa-se que a conduta está perfeitamente adequada e tipificada na norma, então há uma tipicidade formal.

Já a tipicidade material é quando essa lesão que está estabelecida em lei causa um dano a outrem, propiciando lesão grave ao bem jurídico tutelado pelo Estado, voltando ao exemplo dos furtos dos sabonetes, a conduta apesar de conter a tipicidade formal, ela não encontra respaldo na tipicidade material, pois ao que aparenta de um modo geral o furto de dois sabonetes não traz lesão expressiva a um supermercado e a conduta possui uma ofensividade mínima.

Se há tipicidade formal, mas não há tipicidade material, inexistente o interesse de uma prestação jurisdicional por parte do Estado, por se tratar de um crime bagatela e por consequência, insignificante perdendo sua tipicidade.

O Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 84.412-SP ensina-nos que:

Revela-se expressivo, a propósito do tema, o magistério de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ;

[...] Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado

⁷⁷ (cf. STF, HC.84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello). P.73. Gomes, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade / 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁷⁸ DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal.

pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico⁷⁹." (grifei).

Portanto, depreende-se dessa ilustre explicação que não é qualquer lesão ao bem jurídico, merecedora do amparo jurídico estatal, tem que haver uma lesão significativa a este bem, caso contrário, estará à mercê da insignificância e consequentemente da atipicidade jurídica, não havendo espaço para aplicação da norma penal e nem ao menos seu interesse. A esse respeito Ivan Luiz traz a lição de que:

Assim, o juízo de tipicidade penal, em razão da concepção material do tipo, apenas considerará típica a conduta que concretamente lesionar o bem jurídico-penal tutelado, não sendo suficiente para configurar o delito a simples tipicidade formal, que consiste na mera adequação do fato realizado com a descrição abstratamente prevista⁸⁰.³⁵

Se não houvesse essa concepção toda e qualquer que fosse típica por mais ínfima que fosse e por menor que lesão que trouxesse no seu resultado seria abarcada pelo Direito Penal e anularia a incidência do princípio em tela.

O Código Penal em sua disposição contém tipos penais que são caracterizadores de condutas típicas puníveis pelo Estado, sendo assim, é um conjunto de normas limitadoras e impositivas á liberdade de todo indivíduo que, além disso, também enuncia condutas proibidas pelo mesmo código.

O tipo penal tem funções como a de limitar a conduta punitiva do Estado, bem como informar condutas típicas as quais são passíveis de punição pelo mesmo. Assim o tipo penal representa normas limitadoras e impositivas, tanto para o ente penalizador como para o indivíduo penalizado. Sobre esse ponto ensina Ivan Luiz: “Assim, o tipo penal encerra a punição estatal prevista para a conduta lesiva ao bem tutelado, bem como possui uma

⁷⁹ ("Direito Penal - Parte Geral", p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva). (cf. STF, HC.84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello). Sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002> , acessado em 15/08/2017 às 17:43.

⁸⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.30.

função de garantia ao possibilitar o prévio conhecimento da conduta proibida e os limites da pena cominada para sua prática⁸¹”.³⁶

O Direito Penal traz em sua norma condutas de forma vaga, já que seria tarefa impossível colocar todas as formas e possibilidades de ações possíveis numa sociedade e que fosse considerado um ilícito. Sendo assim, o Código Penal tipifica as condutas de forma abstrata sem entrar nas especificações de cada caso.

Ivan Luiz pontua que:

Todavia, em sede de tutela penal a construção do tipo penal sempre apresenta grande dificuldade em razão da impossibilidade de o legislador prever e descrever a gama imensurável de formas de realização da conduta lesiva ao bem jurídico criminalmente protegido. Para diminuir essa impossibilidade legislativa a tipificação é realizada de forma abstrata, a fim de que um número expressivo de condutas tidas como proibidas seja alcançado pela lei penal⁸².

Como o código traz normas de maneira abstrata, a legislação complementar fica a cargo de tipos penais apresentados de forma mais específica em sua própria Lei, é o caso, por exemplo, da Lei 11.343/06 (Lei de drogas) que trata de forma mais aprofundada sobre os ilícitos que envolvam entorpecentes. Ivan Luiz ressalta que: “Para limitar essa amplitude do tipo penal a doutrina pátria ensina que é mister atribuir-lhe um conteúdo material, para que sejam excluídas as condutas penalmente insignificantes do âmbito da repressão criminal⁸³”.

Essa exclusão é feita graças ao princípio da insignificância, que fica por excluir essas condutas que não representam importância ao mundo jurídico, já que seria de uma morosidade enorme aplicar a norma de forma geral e indistintamente a qualquer que fosse a situação, sem importar com o resultado da ação, ou seja, com a lesão do bem jurídico.

Conforme leciona Ivan Luiz:

É para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito que

⁸¹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.84.

⁸² SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.85.

⁸³ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.86

tem lugar o Princípio da Insignificância em matéria penal, o qual visa afastar a incidência da lei criminal sobre as condutas típicas penalmente insignificantes⁸⁴.³⁷

Assim, resta claro que a aplicação do princípio da insignificância retira a tipicidade da conduta, pois a mesma se passível da insignificância demonstra que não houve lesividade ao bem jurídico que fosse capaz de suceder a uma penalização perante as normas do ordenamento jurídico penal e em se perdendo a punibilidade, a conduta passa a ser atípica.

⁸⁴ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011p.87.

CAPÍTULO III - Insignificância no crime de furto e descaminho

3.1 Jurisprudências do STF sobre a aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes de furto e descaminho

Como já visto o princípio da insignificância não encontra disposição expressa da lei, pois esta não tem como antevê todas as possibilidades casuísticas possíveis na vida em sociedade, assim, os princípios jurídicos complementam aquilo que falta na norma positivada.

A este respeito, ensina Vico Manãs: “A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal”⁸⁵.³⁸

A aplicação do princípio da insignificância vem sendo estabelecida mediante inclusão da doutrina e dos próprios aplicadores do Direito, magistrados, que justapõe o princípio aos casos concretos de acordo com a possibilidade de sua aplicabilidade, dando assim mais força jurídica ao princípio e fortalecendo seu entendimento.

A respeito da jurisprudência sobre a insignificância se encontra um acórdão pragmático que não foi a primeiro a tratar do princípio da insignificância, mas foi o que criou ditames para sua aplicação posteriormente em demais julgados; é o Habeas Corpus (HC) 84412, impetrado no Supremo Tribunal Federal no ano de 2004, que tratava da condenação em primeira instância pelo crime de furto de uma fita de vídeo game, no valor de R\$25,00 (vinte e cinco reais)⁸⁶.

A partir desse acórdão a jurisprudência passou a se consolidar no que tange aos parâmetros de aplicação do princípio da insignificância que são: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

⁸⁵ MANÃS, Carlo Vico. Op. Cit., 1994.p.67 – p.107.apud, Ivan Luiz da Silva, 2001.

⁸⁶ SÍTIO do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/> , acesso em 10/08/2017

O Supremo Tribunal Federal faz uso destes quatro critérios basilares para se estabelecer a insignificância de uma conduta, estabelecendo de forma objetiva, (ou ao menos devia) se é cabível ou não considerar a conduta insignificante.

Em uma pesquisa realizada ao site do Supremo Tribunal Federal, buscou-se demonstrar qual a posição majoritária do Egrégio Tribunal referente à aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto e descaminho, além de apresentar de forma quantitativa os números de acórdãos julgados até o presente ano de 2017 que tiveram como uma das teses a aplicação do princípio da insignificância.

A pesquisa deu-se na busca por jurisprudências no próprio site do STF mais propriamente no campo de pesquisa ‘jurisprudência’ em que o interessado digita o assunto pelo qual quer filtra aquela busca, ou seja, por qual tema procura. Neste caso, foi realizada a pesquisa pelo próprio ‘princípio da insignificância’, em que foram levados em consideração os resultados em que demonstrasse o princípio tanto na ementa quanto no próprio teor do acórdão.

O limite temporal estabelecido pela pequena pesquisa valeu-se do dia 01 Janeiro de 2015 até o ultimo julgado de 2017 que obviamente, estivesse relacionado com a busca, sendo excluídos dos resultados os acórdãos nos quais não houvesse tratado sobre o princípio da insignificância na ementa. A pesquisa se deu de forma decrescente, começando com os julgados mais recentes.

Porém o presente trabalho irá tratar de forma crescente, começando com o acórdão de 2015. O primeiro acórdão que equivalia ao pesquisado foi julgado no dia 10/02/2015 de relatoria do Ministro Roberto Barroso, tratava-se de um agravo regimental em recurso extraordinário com agravo de nº 849776 - SP, no qual se pleiteava o princípio da insignificância no crime de descaminho, previsto no artigo 334, do Código Penal. No qual se estabelece, “para avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda”⁸⁷.

Consta no processo que os tributos iludidos no caso, faria o montante equivalente a pouco mais de R\$14.000,00 (quatorze mil reais), sendo assim aplicável o princípio da insignificância, porém constam contra o autor outras ações de mesma natureza

⁸⁷ SÍTIO do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, acesso em 10/08/2017. ARE 849.776 Agr – SP.

mostrando que o mesmo possui uma habitualidade delitiva e afastando-se assim a aplicação da insignificância ao caso.

O acórdão julgado mais recentemente que trate sobre o princípio da insignificância foi um Habeas Corpus de nº 138697 – MG, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que por sinal foi muito comentado nas mídias sociais por se tratar de uma posição nova acatada pelo STF a respeito do referido princípio no crime de furto. Trata-se de um caso em que o paciente foi condenado pelo crime de furto, previsto no artigo 155, caput, combinado com a reincidência prevista no artigo 61, inciso I e artigo 65, inciso III, todos do Código Penal.

De forma mais simplificada, o réu foi condenado por furto e teve como circunstancia agravante o fato de ser reincidente. Ocorre que o paciente tinha contra si, uma única condenação anterior e se tratava também de uma questão mínima, sendo ela a conduta de usuário de entorpecentes, punível com penas diversas da restritiva de liberdade, desde o advento da lei 11.343 (lei de drogas).

Em sendo assim, mesmo que haja a reincidência, ante a desproporcionalidade da sanção penal, há de se aplicar a insignificância e neste caso o fato de haver uma condenação anterior não influenciou na aplicação de referido princípio, conforme o voto do relator Lewandowski de fls. 7 e seguintes:

Ainda que a análise dos autos revele a existência de condenação anterior, o que, em tese, impediria a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente, não posso deixar de registrar que o paciente, na data da prática do fato tido por delituoso (6/6/2011), nos termos do que dispõe o art. 63 do Código Penal, era reincidente pelo delito de “adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

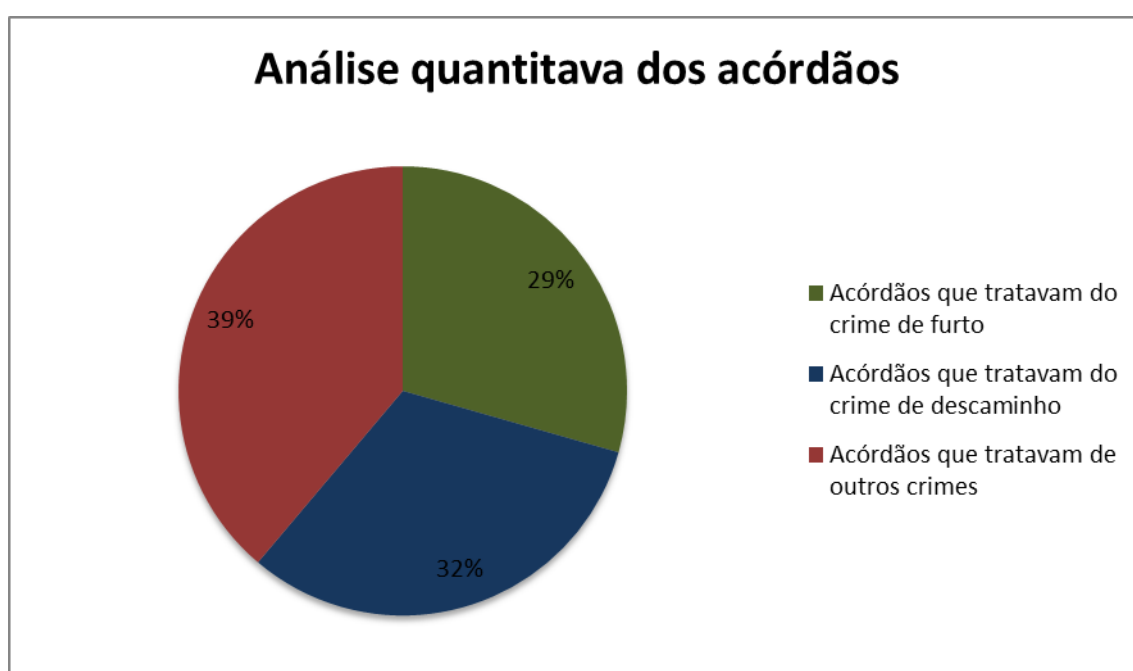
[...]Vislumbro que, se tal condenação não pode acarretar o aprisionamento do condenado, sendo as penas impostas ao usuário de caráter educativo, não seria razoável considerá-la para afastar a aplicação do princípio da insignificância a fato posterior, que, *in casu*, consiste no furto de um celular avaliado em R\$ 90 (noventa reais)⁸⁸.⁴⁰

Cabe ressaltar que por decisão unânime a turma deferiu o pedido do Habeas Corpus para trancar a ação penal. A grande repercussão nas mídias sociais a qual foi mencionado acima se deu por conta do valor do objeto furtado, no caso o celular cujo valor equivalia a R\$90,00 (noventa reais), o que para muitos não significava valor irrisório, tendo em mente que isso representa 10% do salário mínimo atual vigente.

⁸⁸ SÍTIO, do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, acesso em 10/08/2017, HC 138397 – MG, 16/05/2017

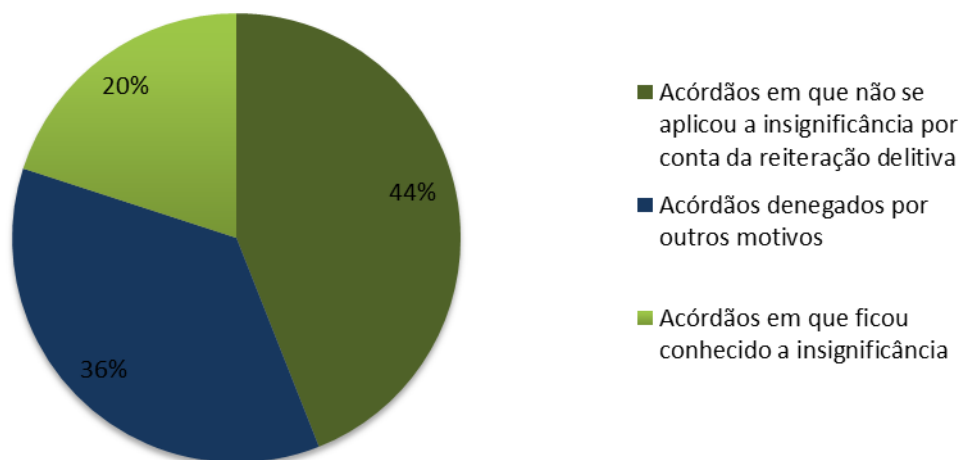
O resultado total da pesquisa contou com 85 (oitenta e cinco) acórdãos julgados sendo datados em 10/02/2015 á 16/05/2017, sendo o primeiro o ponto inicial da pesquisa e o segundo como sendo o acórdão mais recente disponibilizado no site do Supremo Tribunal Federal, ressaltando que todos os 85 acórdãos tratam sobre o princípio da insignificância tanto na ementa quanto no seu próprio teor.

Os gráficos a seguir representam os resultados encontrados nessa breve pesquisa, não significando que não possa haver equívocos, mas representando com fidelidade ao que foi encontrado na pesquisa.



Observa-se que nesse gráfico trata-se de uma análise quantitativa dos acórdãos nos crimes de furto, art.155 e descaminho, art.334, ambos do Código Penal; no qual dos 85 (oitenta e cinco) acórdãos encontrados na pesquisa e relacionados ao princípio da insignificância, 25 (vinte e cinco) acórdãos tratam sobre a insignificância no crime de furto e 27 (vinte e sete) tratam sobre a insignificância no crime de descaminho, ou seja, mais da metade dos acórdãos estão relacionados a estes dois crimes. Os demais crimes estão desde crime ambiental á desenvolvimento clandestino de telecomunicação.

Análise dos acórdãos nos crime de furto



O gráfico acima representa uma simples análise feita nos acórdãos encontrados no crime de furto em que a defesa como tese pleiteava o reconhecimento do princípio da insignificância, note-se que dos 25 (vinte e cinco) acórdãos encontrados 11 (onze) deles, a turma não reconheceu a insignificância por se tratar de indivíduo com habitualidade delitiva, mesmo que se tratasse de bem jurídico irrelevante.

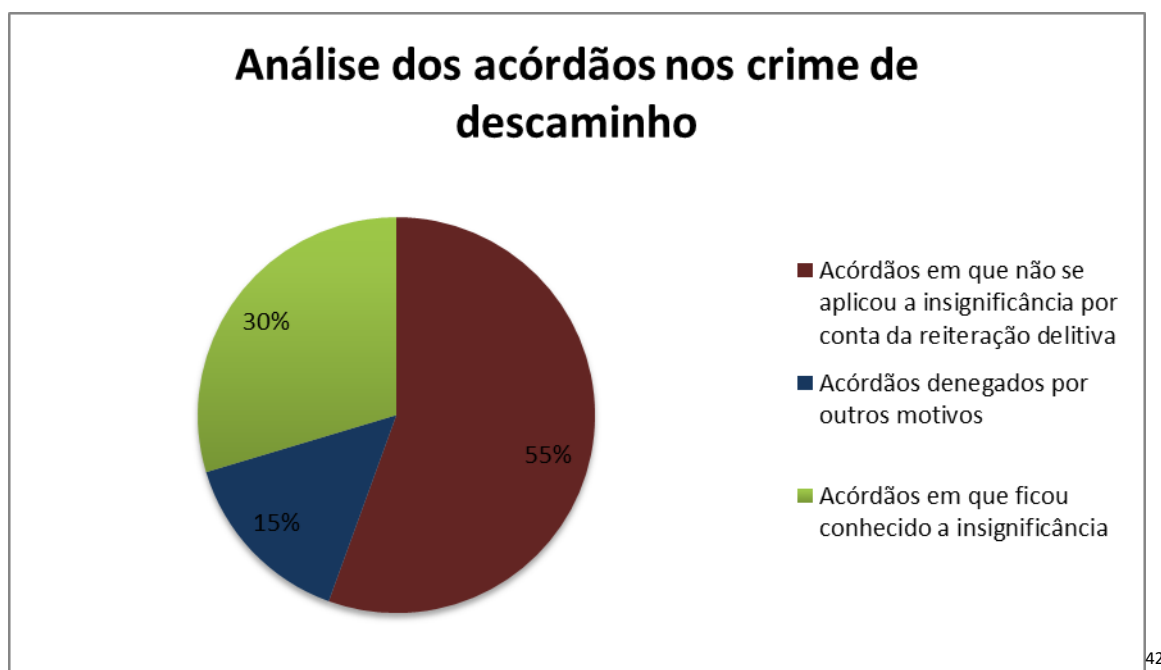
É importante ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu que apesar de haver reincidência ou reiteração delitiva, não significa necessariamente excluir a insignificância, podendo-se considerar o princípio da insignificância. Conforme, observa-se:

No julgamento conjunto dos HC 123.108, 123.533 e 123.734, o Tribunal fixou orientação sobre a aplicação do princípio da insignificância aos casos de furto – Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julgados em 3.8.2015. Decidiu que, se a coisa subtraída é de valor ínfimo, (i) a reincidência, a reiteração delitiva e a presença das qualificadoras do art.155, § 4º, devem ser levadas em consideração, podendo acarretar o afastamento da aplicação da insignificância; e (ii) nenhuma dessas circunstâncias determina, por si só, o afastamento da insignificância, cabendo ao juiz analisar se a aplicação de pena é necessária.^{89 41}

Porém, apesar dessas circunstâncias não determinar por si só o afastamento do princípio da insignificância, o que vemos com base nos resultados apresentados no gráfico é que em mais da maioria dos casos, havendo reiteração delitiva esta é considerada para que se exclua a possibilidade de insignificância.

⁸⁹ SÍTIO, do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, acesso em 14/08/2017, HC 138397 – MG, 16/05/2017, HC 123.108, 123.533 e 123.734 – MG, 03/08/15.

Da totalidade dos acórdãos que tratam do crime de furto, apenas 20% (vinte por cento) dos casos foram acatados dando provimento ao conhecimento da insignificância, ou seja, do início do ano de 2015 até meados de 2017, o STF julgou provido apenas 5 (cinco) acórdãos em que se estabeleceu a insignificância no crime de furto. Agora vejamos a análise dos acórdãos encontrados que tratem da insignificância no crime de descaminho:



Mais uma vez observa-se que a habitualidade delitiva é de grande aceite para o afastamento da insignificância sendo razão de desprovimento de 15 (quinze) acórdãos de uma totalidade de 27 (vinte e sete), ou seja, os demonstrados 55%.

Porém observa-se dessa pesquisa que apesar da pequena diferença, as teses da insignificância no crime de descaminho foram mais acatadas do que ao crime de furto, no qual no crime de descaminho perfaz um total de 8 (oito) acórdãos providos e estabelecidos como insignificantes, por serem crimes de montante inferior ao permitido, conforme o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrada, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)⁹⁰.

⁹⁰ Lei 10.522/2002, 19 de Julho de 2002, art.20º.

Ao passo que no crime de furto apenas 5 (cinco) acórdãos foram providos e aceitos como insignificantes, por ter sido considerado bem jurídico irrisório, de lesão irrelevante.

3.2 Critérios para a aplicação do princípio

A utilização do princípio da insignificância tem se dado por meio de critérios que norteiam sua aplicação, esse critérios existem para que não haja uma margem grande de aplicabilidade do princípio e dando assim uma maior segurança jurídica. Mas muitos autores acreditam que esse princípio não enseja muita segurança por não haver critérios exatos em que se estabeleça o que seja uma conduta insignificante.

Como bem se posiciona Ribeiro Lopes:

O que parece faltar geralmente nas abordagens ao princípio são as condições ao seu reconhecimento. E note-se que isso é um requisito de suma importância para a definição de sua estratégia, posto que há uma tendência doutrinária – embora não alcançada na jurisprudência brasileira – a elastecer o conteúdo do princípio⁹¹.⁴³

É importante ressaltar que esse pensamento acompanhava o ano em que foi dito, é que se sabe que com o advento do acórdão do Ministro Celso de Mello no HC 84.412 – SP⁹², a doutrina e jurisprudência de forma pacificada aderiram aos preceitos estabelecidos por ele, no que tange a aplicabilidade do princípio da insignificância a casos concretos, sendo assim, a doutrina atual também passou a acompanhar esta posição, não havendo margens para divergências, embora ainda haja críticas.

O que se pode haver agora é o questionamento sobre até que ponto uma conduta pode ser considerada insignificante, até onde o resultado de conduta delituosa é considerada ínfima e sem valor para o direito penal. Acontece que o princípio é aplicado de acordo com seus critérios objetivos, inseridos a cada caso concreto de acordo com suas circunstâncias.

Devendo, portanto a conduta se encaixar em todos os aspectos objetivos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal como critérios para a aplicação do princípio da insignificância, não incidindo somente por ser tal conduta ínfima. A este respeito à Revista Bonijuris trouxe artigo que diz que:

⁹¹Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. Cit., 1997.p. 49. Apud Ivan Luiz da Silva, 2011, p.153.

⁹² Sítio do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, HC 84.412- SP, acesso em 14/08/2017

É errônea a caracterização do princípio da insignificância avaliando-se apenas o valor da coisa furtada; a uma porque, como visto os próprios idealizadores do princípio assim não o caracterizam, e a duas porque o órgão jurídico supremo pátrio também não o caracteriza dessa forma, concluindo-se que não se deve avaliar apenas o valor da coisa furtada, mas sim devem estar presentes todos os quatro fatores caracterizadores⁹³.⁴⁴

O princípio se aplica de acordo com as circunstâncias de cada fato, não se tratando do caráter subjetivo do indivíduo, mas das características próprias de cada fato, porque falar que o furto de um sabonete é insignificante por não ter causado lesão ao bem jurídico tutelado (no caso ao patrimônio), não é o mesmo que dizer que furtar um sabonete mediante grave ameaça seria insignificante, aqui o bem furtado é de valor insignificante, porém há um grau elevado de reprovabilidade da conduta do agente, não incidindo assim a insignificância ao caso.

Os critérios para a aplicação da insignificância foram criados para se conhecer de condutas insignificantes diante de um fato também irrelevante, visto que não há como se dizer que existam ilícitos insignificantes já que por sua natureza penal possuem certa importância por estar ali disposto, o que se pode dizer é que há fatos insignificantes em que a conduta por mais que seja ilícita não acarreta nenhum prejuízo que ocasione uma sanção penal. Acerca disso Abel Cornejo diz: [...] “não existem delitos insignificantes, nímios ou bagatelares: o irrelevante são os fatos”⁹⁴.

Vale dizer que a doutrina apresenta seus modelos de critérios aplicados ao princípio da insignificância, mas que não são os norteadores dessa aplicação, tendo em vista que a jurisprudência firmou seus próprios critérios. Pode-se dizer que a criação desses critérios é algo recente na justiça brasileira⁹⁵.

Antes mesmo que fossem estabelecidos critérios basilares para a aplicação da insignificância, as jurisprudências brasileiras já faziam uso dessa ferramenta, que apesar de ser conhecida não era acatada como tese, por haver muitas divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, ausentes um entendimento pacífico e unânime.

⁹³ Revista Bonijuris. Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, 1989 – Diretor: Luiz Fernando de Queiroz. Março 2015.

⁹⁴ CORNEJO, Abel. Op. Cit., 1997.p. 14, Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.154.

⁹⁵ Silva, Ivan Luiz Da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p. 154.

Em exemplo se tem o HC nº 70.747-5 – Rio Grande do Sul de relatoria do Min. Francisco Rezek, julgado no dia 07/12/1993, que trata de um acidente com motocicleta onde o condutor teria atropelado um policial que tentava o prender numa abordagem em que havia sido verificada a ausência de placa na motocicleta a qual estava. A defesa pedia a aplicação do princípio da insignificância a respeito das lesões causadas no policial, visto que não houve nenhuma lesão significativa ou que causasse alguma perda ao mesmo.

O acórdão denegou a aplicação do princípio com a justificativa de fls.99 e 100 que:

É conhecida a controvérsia, existente tanto na doutrina como na jurisprudência, a respeito do chamado princípio da insignificância. Apesar dos respeitáveis argumentos apresentados pelos que adotam a teoria em debate, estamos ao lado dos que rejeitam a mesma. É que a legislação penal brasileira, não contemplando as chamadas causas supraleais de exclusão de crime ou de culpabilidade, exclui a aplicação do chamado princípio da insignificância, como, aliás, já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo⁹⁶ [...].⁴⁵

Esse acórdão foi encontrado em pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o tema “princípio da insignificância” o acórdão afixado acima foi um dos primeiros a tratar sobre o aludido princípio, nota-se que á 24 anos atrás havia uma grande controvérsia sobre a aplicabilidade do princípio no qual a jurisprudência nem sequer acatava a tese de aplicação do mesmo.

Fazendo um salto de onze anos e pulando para o ano de 2004, quando houve o julgamento do HC 84.412 de relatoria do Min. Celso de Mello – São Paulo, onde se criou o acórdão que seria o paradigma para demais casos, cuja aplicabilidade é continua até nos dias de hoje e é a referencia aos casos atuais que por ventura ensejam a aplicação do princípio da insignificância.

No caso, o Habeas Corpus tratava-se da condenação de um homem por furtar uma fita de vídeo game, no valor de R\$25,00 (vinte e cinco reais) e que foi condenado a pena de oito meses de reclusão. Em seu despacho o Ministro Celso de Mello, explicou:

O exame da presente causa propõe, desde logo, uma indagação: revela-se aplicável, ou não, o princípio da insignificância, quando se tratar de delito de

⁹⁶ Sítio do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, HC nº 70.747-5 – RS, 07/12/93, acesso em 14/08/2017.

furto que teve por objeto bem avaliado em apenas R\$ 25,00 (vinte e cinco reais)? Essa indagação, formulada em função da própria "ratio" subjacente ao princípio da insignificância, assume indiscutível relevo de caráter jurídico, pelo fato de a "res furtiva" equivaler, à época do delito, a 18% do valor do salário mínimo então vigente (janeiro/2000), correspondendo, atualmente, a 9,61% do novo salário mínimo em vigor em nosso País.

Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal - Parte Geral", vol. 1/10, item n. 11, "h", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, "Princípio da Insignificância no Direito Penal", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.).

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (grife nosso)^{97. 46}

Reitera-se desse trecho do acórdão, que o julgador fixou esses critérios para que se fossem sanadas as divergências e entendimentos variados sobre o princípio e para delimitar sua aplicação, sendo essa de forma objetiva. De maneira que deixou bem esclarecido que não cabe ao Direito Penal cuidar de questões insignificantes e que possivelmente não carecem de uma sanção penal, mas a este lhe cabe à tutela de bens jurídicos essenciais.

Portanto, após a publicação deste acórdão e o devido reconhecimento do princípio da insignificância como norma jurídica complementar, se estabeleceu os critérios para a aplicação do referido princípio, que são: a mínima ofensividade da conta do agente,

⁹⁷ SÍTIO, do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, HC nº 84.412 – SP, 16/05/2017, acesso em 18/08/2017.

nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Os preceitos estabelecidos no acórdão pragmático por si só são autoexplicativos, portanto ao ser apresentado um caso, de logo se nota se é possível ou não a aplicação da insignificância, tendo em vista que esta análise é objetiva, com base somente no enquadramento da conduta delituosa aos critérios pré-estabelecidos para o emprego do referido princípio. Como explica Ivan Luiz:

“O reconhecimento da conduta penalmente insignificante realiza-se com base no critério objetivo de avaliação dos índices de desvalor da ação e do resultado da conduta realizada, que busca aferir o grau de lesividade da conduta”⁹⁸.⁴⁷

Em artigo publicado na Revista Bonijuris, houve breve interpretação da significação de cada critério criado para efeito da aplicação da insignificância, assim sendo:

O primeiro requisito elencado pelo STF, qual seja a mínima ofensividade da conduta do agente, leva-nos a crer que a atitude do autor do delito deve ofender minimamente a vítima ou o bem jurídico tutelado pela norma penal; O segundo requisito diz que não deve haver nenhuma periculosidade social da ação, ou seja, durante a execução do ato deve o agente preza pela incolumidade pública sob pena de não se caracterizar a bagatela; O terceiro requisito, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, diz respeito ao comportamento do agente, cabendo definir se o comportamento a ser avaliado é o do fato discutido ou o comportamento passado da autor da conduta criminosa; caso seja a segunda alternativa, estaremos a avaliar a inexpressividade da lesão jurídica provocada; E o quarto requisito, deve-se avaliar a inexpressividade da lesão jurídica provocada: esta leva em consideração o valor ou o tamanho do dano causado ao bem jurídico tutelado⁹⁹.

É importante frisar mais uma vez que os critérios servem de base para uma análise objetiva da conduta do agente, ou seja, ou a conduta é considerada insignificante ou não, sem se levar em conta o caráter subjetivo, como explica Ivan Luiz;

[...] A classificação da insignificância será determinada segundo o grau de lesividade (ou de sua ausência) da conduta típica realizada. Será da modalidade insignificância absoluta se sua gravidade for nula, que terá como efeito excluir a tipicidade da ação; por outro lado, se a ação detiver uma gravidade de pequena monta, será da modalidade insignificância relativa,

⁹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p. 181.

⁹⁹ Revista Bonijuris. Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, 1989 – Diretor: Luiz Fernando de Queiroz. Março 2015.P.19

que, não obstante típica, tem sua antijuridicidade esvaziada, permitindo assim sua exclusão do âmbito penal¹⁰⁰.⁴⁸

Como já dito em oportunidade anterior, o que torna a conduta insignificante é o seu resultado, ou seja, o tamanho do dano causado seja este expressivo e considerável ou de resultado ínfimo e sem importância jurídica ao Direito Penal. Sobre esse assunto, Ivan Luiz assinala que:

[...] para reconhecer a conduta típica penalmente insignificante deve ser empregado o modelo clássico de determinação, realizando-se, assim, uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta realizada, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado¹⁰¹.

Cabe ressaltar novamente que o princípio da insignificância não é aplicável quando há reiteração delitiva, que nada mais é do que um delinquente contumaz, que tem costume em práticas delituosas de mesma natureza. Assim sendo, não é por que uma conduta em determinado momento é considerada insignificante que sua prática estaria fadada a atipicidade.

Foi dessa maneira que entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 114.462 – RS, em 11/03/2014, onde reconheceu que a reiteração na prática criminosa afasta o princípio da insignificância. O relatório do acórdão apresenta;

“A reiteração delitiva impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos”¹⁰².

Isso traz uma segurança não só jurídica como também social, visto que o indivíduo pode se achar impune ao não receber sanção em conduta delituosa, por esta ser considerada insignificante e com isso achar que cometer outros mais atos de pequeno montante o deixaria livre de qualquer punição estatal, o que na prática não ocorre já que a reiteração delituosa não se encaixa no quesito reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta do agente.

¹⁰⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p61.

¹⁰¹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.p156.

¹⁰² SÍTIO, do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, HC 114.462 – RS, acesso em 22/08/2017, fl.3.

Ainda sobre entendimento do STF no Habeas Corpus 114.462 – RS e sobre o entendimento da contumácia delitiva em que pese para a aplicação do princípio da insignificância, a Senhora Ministra Cármen Lúcia desempatou o julgamento e em seu voto alegou que; “[...]estes pequenos furtos fazem com que a pessoa faça destas pequenas transgressões, pequenas nesse sentido de que os valores objetivos não são de monta, o seu meio de vida. E o ilícito não pode ser um meio de vida num Estado de Direito”¹⁰³.⁴⁹

Esse entendimento faz parte da adequação da conduta aos critérios de aplicação do princípio da insignificância, portanto não bastando apenas que sejam questões ínfimas, a conduta do agente é também importante para a valoração da questão importando na reprovabilidade de sua conduta.

3.3 Análise crítica

O princípio da insignificância em muito se mostra útil ao ordenamento jurídico. O Direito Penal em sua essência não foi pensado de forma a cuidar de toda e qualquer questão que envolvesse direitos de terceiros e bem jurídicos, para isso existem os mais variados ramos do Direito, a qual a cada é estabelecido o seu campo de atuação. A norma penal tem uma função muito mais importante na sociedade que é resguardar os direitos fundamentais e os bens jurídicos de grande valia.

Em sendo assim, não cabe transbordar o Direito Penal de questões pequenas, retirando o foco das questões maiores e que realmente possuem interesse do ordenamento jurídico penal, já que a esse não se incumbe as bagatelas.

Além de filtrar as questões de maior importância e assim diminuir os encargos do Direito Penal e reduzir a morosidade do processo, o princípio da insignificância também ajuda no quesito economia, já que evita um dispêndio desnecessário no que se refere às custas de um processo, tendo em vista que para que um processo ocorrer de forma devida há uma mobilização do judiciário como um todo e que em se tratando de bem insignificante demonstra um gasto bem maior que o do próprio bem lesado, injustificando-se assim o uso do meio judicial como forma de conter ações de mínima importância.

Mas a respeito da incidência do princípio da insignificância, se estabelece a seguinte questão: a partir de que ponto pode uma conduta ser considerada insignificante e

¹⁰³ SÍTIO, do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, HC 11.4462 – RS, acesso em 22/08/2017, fls.18 e 19.

consequentemente atípica? Parte da doutrina acredita que o Delegado deve apenas cumprir o que manda a lei¹⁰⁴ de forma automática e objetiva, não lhe sendo permitido fazer análises mais aprofundadas a respeito do caso, sendo esta função da autoridade judiciária.

Desta forma, por mais que a lei não vede a aferição da autoridade policial para se observar a insignificância de uma ação, este se vê obrigado perante a Lei a investigar a conduta ilícita e o que de fato se sucedeu por mais que se esteja diante de uma conduta insignificante.

Sendo assim, no que tange às custas processuais essas não serão de fato inexistentes, porque até que ocorra a investigação policial por parte do inquérito e mais a frente ocorra a audiência de instrução e julgamento para que o juiz numa primeira análise estabeleça ou não a insignificância (isso se, desde logo já ficar provado ao juiz a insignificância), já terá tido um dispêndio tanto do judiciário, quanto do próprio executivo que ficara á cargo de tratar de um inquérito policial em um caso que não deva ter muita importância e que poderá vir a ser considerado atípico. Nesse caso observa-se que tanto dispêndio poderia ter sido evitado, se desde logo a autoridade policial pudesse analisar os requisitos e fazendo uma análise objetiva, entendesse ou não ser aplicável a insignificância ao caso. Porém, não há essa previsão estabelecida em lei, que demonstre a quem possa estabelecer a insignificância.

Estabelecer também o que venha a ser considerado um bem jurídico insignificante pode ser motivo de muitas controvérsias no que se refere ao valor do bem, um dos últimos acórdãos julgados pelo STF, ficou estabelecida a insignificância de um celular no valor de R\$90,00 (noventa reais) no HC 138.697 – MG impetrado contra acórdão de relatoria do Ministro Felix Fischer que havia negado provimento ao Agravo Interno no REsp 1.585.687/MG, em seu relatório disse:

I- É incabível a aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, uma vez que valor do bem subtraído – um aparelho celular estimado em **R\$ 90,00 (noventa reais)** – não pode ser considerado irrisório, já que equivale a **mais de dez por cento do salário mínimo vigente à época do fato (R\$622,00)**^{105 50}.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 568, apud sítio: http://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade#_ftn9, acessado em 26/08/2017.

¹⁰⁵ SÍTIO, do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, HC 138.697 – MG, 16/05/2017, acesso em 22/08/2017.

Ou seja, nessa decisão nota-se que houve uma discordância na insignificância do bem, no qual o Ministro Fischer não havia entendido tratar-se de um bem de valor irrisório assim como entendeu a segunda turma do Supremo Tribunal Federal e por fim ficou assim decidido.

Outra observação que pode ser feita desse acórdão é reiterar a informação que foi tratada logo acima quando dito sobre a que tempo poderia ser estabelecida a insignificância, ocorre que no caso do acórdão citado, o fato ocorreu em 2011, ou seja, nesse caso até que ficasse estabelecida a insignificância de forma certa e definitiva, passaram-se seis anos, isso também se nota com o valor do salário mínimo vigente á época do caso. Sendo assim, observa-se a morosidade de um processo que por fim, acabou considerando a conduta atípica.

Dessa forma, fica claro que não cabe tanto dispêndio a questões ínfimas, porque é uma despesa mobilizar toda a máquina judiciária para tratar de assuntos que nem sequer acarretaram lesão ao bem jurídico, devendo de logo ser identificadas de forma a evitar a morosidade do processo.

Afastando-se da questão de quem seria responsável ou capacitado para aplicar a insignificância, reconhece-se que aplicar a insignificância ao caso concreto traz grandes benefícios não só ao individuo como também a sociedade em que o mesmo está inserido, isso porque o processo penal traz grandes traumas, visto que é um meio punitivo mais severo e rigoroso por parte do estado e que evitá-lo não significa dizer deixar impune aquele que pratica um ilícito, mas preservar o indivíduo de uma punição que seria bem além do tamanho do seu dano.

Reconhecer a insignificância é reconhecer a minimidade do dano causado, mas como já visto esse reconhecimento também não dá liberdade para a prática reiterada de condutas mínimas, até porque é um entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, de que a reiteração delitiva, pode afastar a insignificância e os resultados da pesquisa apresentaram que essa posição tem sido realmente acatada pelo Supremo.

CONCLUSÃO

Na pesquisa jurisprudencial realizada pelo site do Supremo Tribunal Federal, buscou-se além do resultado quantitativo no que diz respeito a aplicação do princípio da insignificância, entender qual o entendimento do Supremo a respeito da insignificância nos crimes de furto e descaminho, houve uma surpresa no resultado que demonstrou que em pouco mais de dois anos não houveram tantos casos que chegaram até a Corte Suprema defendendo o referido princípio.

Da totalidade dos acórdãos que tratavam sobre a insignificância em seu teor, ou seja, dos 85 (oitenta e cinco) acórdãos encontrados 52 (cinquenta e dois) deles eram a respeito do crime de furto e descaminho, trata-se então da maioria dos acórdãos, os restantes ficaram por conta de crimes ambientais e de utilização da telecomunicação de forma clandestina.

Do entendimento do Supremo a respeito da aplicação da insignificância ficou claro que no caso do crime de furto a questão do valor ínfimo do bem não supera habitualidade delitiva do agente, que prevalece como fator fundamental para não aplicação do princípio da insignificância.

A reincidência e a reiteração delitiva, não afastam de pronto o princípio da insignificância, mas o que se percebeu na pesquisa é que apesar disso, estes dois fatores pesam mais na hora de decidir sobre a insignificância por classificam o réu de forma a este já ser habituado à prática delitiva, não devendo assim incidir a atipicidade da questão só por conta do valor insignificante do bem jurídico, devendo aquele responder normalmente ao processo pelo qual está sendo acusado.

Já sobre os acórdãos que trataram sobre o princípio da insignificância no crime de descaminho, observou-se que a maior parte deles foram acatados como insignificantes, com o fundamento quase que unânime de que o valor pelo qual o indivíduo estava sendo acusado, tratava-se de valor menor ao que a lei permitia para não incidência do crime estipulado como descaminho.

Aqueles acórdãos que foram desprovidos no que se refere ao crime de descaminho, também reconheceu em sua maior parte a habitualidade delitiva do agente e por delitos de mesma natureza e em menor porcentagem consideraram o valor do montante não

insignificante de acordo com a lei que estabelece esse valor, ou seja, a Lei. 10.522/2002 mais especificamente em seu art.20.

O mesmo dito a respeito do crime de furto, se encaixa ao crime de descaminho onde a reincidência e habitualidade delitiva apesar de não terem o condão de por si só excluïrem a insignificância do caso é vista aos olhos do julgador como um peso na maior no que desrespeito a não incidência da insignificância, o que traz segurança jurídica ao ordenamento, por não permitir que as reiterações de condutas delituosas passem despercebidas aos olhos do julgador e que acabem por ficar impune, o que não chega nem perto de ser uma das funções do princípio da insignificância, muito menos do ordenamento jurídico penal.

Por fim, conclui-se que o princípio da insignificância que antes enfrentava muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, agora é acatado de forma unânime por parte de ambos, no qual os critérios afixados para a aplicação da insignificância retiraram a margem de interpretação subjetiva que poderia haver, trazendo assim uma análise somente objetiva a cada caso, no qual ou é cabível a insignificância ou não, não havendo espaço para análises subjetivas, isso vale tanto ao caso quanto ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo, (apud), p.85. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução de Luzón-Peña. Madri, 1976. P 22.

BATISTA, Nilo, 2011, (apud). **Teoria Elementar do Direito Criminal**. Rio de Janeiro, 1971, p.3.

BATISTA, Nilo, (apud), 2011. **Lições de Direito Penal**, P.G. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.2.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo, (apud), 2011. “**Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela**”. In: **De Acetis et al. (orgs), Funzione e limiti del diritto penale**. Milão, 1984, p.4. Cf. Toledo, op. Cit, p.14. Paschoal, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo / São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.33

BRASIL. [Constituição (1998)]. Art.5, inciso XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

BECKER S. Howard Outsiders – “**Estudos de sociologia do desvio**”.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. Ed., São Paulo: RT, 1997, P. 27. Apud Rebêlo, José Henrique Guaracy, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. Op. Cit; 1996. P. 83. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988.

CORNEJO, Abel. **Teoria de la insignificancia**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. Apud, Luiz Flávio Gomes, 2009.

CORNEJO, Abel. Op. Cit., 1997.p. 14, Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.154.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal.

FLÁVIO, Luiz GOMES. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade** / Luiz Flávio Gomes. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLÁVIO, Luiz Gomes, sítio

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923734/desvalor-da-acao-e-desvalor-do-resultado>

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen** ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.78

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. Cit., 1997.p. 49. Apud Ivan Luiz da Silva, 2011, p.153.

Lições de Direito Penal, P.G. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.2, apud Batista, Nilo, 2011.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro.Op. Cit; 1997.p. 61. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p. 133.

LOPES Mauricio (apud), 1997, p. 65.**Tratado de derecho penal, vol III**, Buenos Aires: Ediar, p.554 et seq.

LEI 10.522/2002, 19 de Julho de 2002, art.20º.

MAÑAS, Carlos Vico. Op. Cit; 1994. P. 67. Apud Ivan Luiz da Silva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 568. Disponível no site: http://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade#_ftn9, acessado dia 26/08/2017.

QUEIROZ, Paulo (apud). **Direito penal: parte geral** / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva, 2005. P.16. Manual de direito penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo** – Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUEIROZ, Paulo. Volume 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral** / Paulo Queiroz. – 2 ed. rev. aum. – São Paulo: Saraiva 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal** / Paulo Queiroz. – 3. Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo. Op. Cit; 1998.p. 120. Apud, Ivan Luiz da Silva, 2011, p.132.

RÊBELO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial** / José Henrique Guaracy Rebêlo. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P 20
REVISTA, Bonijuris. Curitiba: **Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris**, 1989 – Diretor: Luiz Fernando de Queiroz. Março 2015.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 200. P. 47. Apud, Ivan Luiz da Silva.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, v. III, J-P, 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 447 . Apud Ivan Luiz da Silva.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**./ Ivan Luiz da Silva./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2011.

SÍTIO: <https://www.dicionariodelatim.com.br/de-minimis-non-curat-praetor/>. Acessado em 11/07/2017.

SÍTIO: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002> , acessado em 15/08/2017. ("Direito Penal - Parte Geral", p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva). (cf. STF, HC.84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Sítio do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/>, acesso em 10/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Agravo Regimental no Recurso Especial com Agravo 849.776 – SP**. Acesso em 10/08/2017

_____. **Habeas Corpus 138397 – MG**, julgado em 16/05/2017. , acesso em 10/08/2017,

_____. **Habeas Corpus 138397 – MG, 16/05/2017, HC 123.108, 123.533 e 123.734 – MG**, julgados em 03/08/15. Acesso em 14/08/2017,

_____. **Habeas Corpus nº 84.412- SP**, acesso em 14/08/2017.

_____. **Habeas Corpus nº 70.747-5 – RS**, julgado em 07/12/93, acesso em 10/08/2017.

_____. **Habeas Corpus nº 84.412 – SP**, julgado em 16/05/2017, acesso em 12/08/2017.

_____. **Habeas Corpus 114.462 – RS**, acesso em 12/08/2017.

_____. **Habeas Corpus 138.697 – MG**, acesso em 12/08/2017.

TACrim – SP. **Apel. 1.044.889/5**, Rel. Breno Guimarães, 24.09.1997

TOLEDO, Francisco de Assis. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.3.